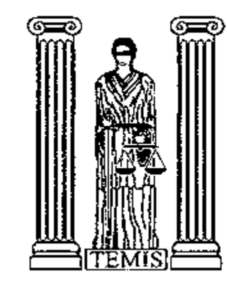
JAIRO PARRA QUIJANO

RACIONALIDAD E IDEOLOGÍA EN LAS PRUEBAS DE OFICIO

JAIRO PARRA QUIJANO

Egresado de la Universidad Libre de Colombia.
Profesor Emérito de la Universidad Externado de Colombia.

RACIONALIDAD E IDEOLOGÍA EN LAS PRUEBAS DE OFICIO



EDITORIAL TEMIS S. A.
Bogotá - Colombia
2004



ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá
www.editorialtemis.com
correo elec.: editorial@temis.com.co

ISBN 958-35-0478-5
2131 200400068600

Hecho el depósito que exige la ley.
Impreso en Editorial Nomos, S. A.
Carrera 39B, núm. 17-85, Bogotá.

A mi hijo,
Jairo Alejandro

PRÓLOGO

Se afirma que existen dos modelos de juez: uno garantista liberal (léase espectador en materia probatoria) y otro autoritario (léase en materia probatoria el que decreta pruebas de oficio). Sin embargo, si se profundiza en la misma ideología liberal, sin recurrir a ideologías exógenas a él, encontramos que el liberalismo ha dado un giro de lo rabiosamente egoísta e individualista a criterios de solidaridad. El Estado social de derecho no puede "prestar" un juez para que dirima un conflicto como sea, sino con algún criterio que permita hablar de justicia, y no cabe duda de que ese criterio debe ser la verdad.

No podemos afirmar que el decreto oficioso de pruebas sea un aporte ideológico del fascismo, porque como lo demostraremos y esperamos que así concluya el lector, este no hizo ninguno al derecho procesal.

El poder-deber de decretar pruebas de oficio, para averiguar la verdad de los hechos controvertidos, si bien es una ideología, ha surgido de la necesidad, como ya se dijo, de poder mostrar a la población algún criterio atendible sobre el cual se pueda afirmar que la decisión es justa, y uno de esos ingredientes es que se construya sobre la verdad.

Entre tanto, el juez es un representante de la sociedad, y tiene que encarnar las mismas necesidades de esta; y una de ellas es la de información, saber que pasó, que sucedió realmente, para poder orientar su proceso cognoscitivo. El hombre, como se ha dicho, se encuentra en la naturaleza para llenar el vacío de inteligencia. Frente a esta necesidad del juez, no resulta posible abortar la búsqueda de la verdad con el peso de una ideología que considera que todo el aspecto probatorio debe estar en cabeza de las partes.

El juez no puede, de un lado, estar sujeto a necesidades cognoscitivas que lo empujan a averiguar la verdad, y del otro, a restricciones por el grillete de una ideología que no surge con sus propios planteamientos, sino como reacción a un supuesto origen en el fascismo que no es cierto.

Esta investigación pretende darle un enfoque distinto y defiende la ideología según la cual, para que se pueda hablar de justicia de la decisión, esta tiene que basarse en la verdad —que el juez debe investigar; claro que está dentro de una referencia: los hechos narrados por las partes—, máxime cuando en el Preámbulo de la Constitución Colombiana se lee:

"En ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la nación y de asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, *la justicia*, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico democrático y participativo, que garantice un orden político, económico y *social justo*, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta y sanciona la siguiente Constitución Política de Colombia".

ÍNDICE GENERAL

APÉNDICE

RELAZIONE GRANDI

I

II

III

PÁG.

CAPÍTULO I

LA VERDAD EN EL PROCESO CIVIL

Dado que las pruebas de oficio se justifican en tanto que están orientadas hacia la búsqueda de la verdad, nos ocuparemos en primer lugar en dilucidar cuál es el papel que le corresponde a esta en el proceso judicial en materia civil.

Debo advertir que somos deudores de MICHELE TARUFFO, en cuanto al método que emplearemos para indagar sobre este interesante y útil tema.

Además debe quedar en claro que cuando se trata de hacer referencia a las pruebas, las normas legales en la época actual devienen en residuales; por esa razón el método de enseñanza del llamado derecho probatorio no puede ser de ninguna manera la explicación solo de las normas jurídicas, sino que debe también abarcar las reglas de la experiencia, las reglas de la lógica, las reglas de la ciencia, la psicología, etc.

Para indagar sobre la verdad en el proceso judicial en materia civil, como ya lo dijimos, emplearemos del método de MICHELE TARUFFO, que consiste en estudiar la concepción que niega la verdad en el proceso civil, lo que se hará desde cuatro puntos de vista:

a) Imposibilidad teórica.

b) Imposibilidad ideológica.

c) Imposibilidad práctica.

d) La irrelevancia de la verdad en el proceso civil.

Una vez indagado eso, se mostrará que sí es posible conseguir la verdad en el proceso civil, y ello se hará desde tres puntos de vista:

a) La posibilidad teórica.

b) La necesidad ideológica.

c) La posibilidad práctica.

A) *Concepciones que niegan la verdad en el proceso*

a) *La imposibilidad teórica.* La imposibilidad de la verdad en el proceso es una aplicación en concreto de una posición teórica más general

fundada en un escepticismo filosófico radical que excluye la cognoscibilidad de la realidad[1]. Se podría sintetizar en términos comunes así: si no se puede conseguir la verdad en general, tampoco en el proceso.

También están en este aparte, los que sostienen que no hay criterios de objetividad en el razonamiento jurídico. sino únicamente decisiones individuales y valoraciones sujetivas. Así resulta evidente la exclusión de toda posibilidad de determinación aceptable de los hechos en el campo del proceso[2].

Aquí puede ser situado el perfeccionista desilusionado al que se refiere TARUFFO en los siguientes términos:

"Es decir, de quien habiendo constatado que la verdad absoluta no es posible pasa el extremo opuesto y sostiene la imposibilidad de cualquier conocimiento racional. Se trata de una forma de irracionalismo motivada por el abandono de posiciones extremas en el ámbito del racionalismo, bastantes frecuentes en los juristas que, viendo frustradas las posibilidades de alcanzar en el proceso la verdad incontestable de los hechos, creen que no se puede hacer otra cosa que negar de raíz la posibilidad de un conocimiento aceptable de los mismos"[3].

El resumen que se puede hacer de esta posición es el siguiente: la verdad en general no se puede conseguir, y por aplicación concreta tampoco en el proceso. En lo que se refiere al aspecto más específico de la decisión sobre los hechos, surgen tesis irracionalistas, según las cuales aquella se funda exclusivamente en la intuición, en reacciones individuales o en valoraciones irreductiblemente subjetivas. Y el del perfeccionista desilusionado. También de quienes sitúan la "realidad" de la decisión en los procesos psicológicos del sujeto que decide.

b) *La imposibilidad ideológica.* Se trata de manejar en el proceso civil un valor que impregna la concepción de la función y los objetivos del proceso civil, la verdad en el proceso civil no se consigue sencillamente porque no se busca. Esta búsqueda no puede ser el objetivo de un proceso que pretende solucionar conflictos. "Se trataría, en efecto de finalidades distintas

[1] Escéptico significa originariamente el que mira o examina cuidadosamente. Desde el punto de vista teórico, el escepticismo es una doctrina del conocimiento según la cual no hay ningún saber firme, ni puede encontrarse una opinión absolutamente segura.

[2] Hemos resumido y copiado en parte a MICHELE TARUFFO, *De la prueba de los hechos*, Madrid, Edit. Trotta, 2002, págs. 28 a 36. Es recomendable leer el libro a quien quiera profundizar.

[3] Veáse TARUFFO, *op. cit.*, pág 31.

e incompatibles: resolver conflictos significa encontrar la composición de intereses más satisfactoria para las partes y, eventualmente, también para el contexto social en el que ha surgido el conflicto, garantizando valores como la autonomía de las partes y la paz social; respecto de esa finalidad, la búsqueda de la verdad no es necesaria, puede ser incluso contraproducente y, en todo caso, representa una función extraña a la que se pretende al individualizar el punto de equilibrio que produzca la solución práctica del conflicto"[4].

Surge de esta concepción una oposición entre el proceso que persigue "la resolución de conflictos" y la idea de la "búsqueda de la verdad" sobre los hechos. Y esa oposición, como escribe TARUFFO, se ha formulado de distintos modos, que se pueden reducir a dos:

i) Si la finalidad esencial del proceso es la de resolver conflictos, debe perseguirse una decisión que satisfaga a las partes. Es eficaz un proceso que lo logre en forma simple y en el menor tiempo.

El proceso no tiene finalidades cognoscitivas o científicas, no se lleva a cabo porque alguien quiera conocer la verdad, sino porque es necesario eliminar un conflicto. Además la búsqueda de la verdad en el proceso puede tener costes relevantes en términos de tiempo, gastos y actividades. Habría que crear estructuras para buscar la verdad en el proceso, que no tiene el proceso que busca solucionar conflictos. La búsqueda de la verdad en este tipo de proceso lo haría extraviarse de su finalidad fundamental.

ii) El segundo modo de negar que la búsqueda de la verdad pueda encontrar espacio en el proceso como resolución de conflictos consiste en acentuar al máximo la evidencia de que en él el valor fundamental es el de la libertad, la autonomía y la iniciativa individual de las partes. Las partes contienden para conseguir la victoria, pero nunca para averiguar desinteresadamente la verdad.

[4] TARUFFO, *op. cit.*, pág. 38. Dice MIRJAN R. DAMASKA, *Las caras de la justicia y el poder del Estado*, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 2000, pág. 212: "Es una antigua percepción que la verdad puede engendrar odio y exacerbar un conflicto, porque decir la verdad con frecuencia ofende. Un proceso judicial orientado a maximizar el objetivo de la resolución de disputas no puede, por tanto, aspirar simultáneamente a maximizar la investigación de pruebas exhaustivas. De hecho este proceso no busca precisión en los hechos comprobados como objetivo independiente para la resolución de disputas, incluso dentro del estrecho margen definido por las partes. El veredicto en el modo de resolución de conflictos no es tanto un pronunciamiento sobre el auténtico estado de las cosas, sino una decisión que resuelve el debate entre las partes, como un tratado de paz que pone fin a un combate...".

En resumen, y apuntando al propósito de este escrito, se puede decir que la verdad no se consigue en este tipo de orientación ideológica, sencillamente porque no se busca.

c) *La imposibilidad práctica*. Se sostiene, que la verdad no se puede tener dentro de los objetivos del proceso civil, porque no es posible conseguirla. Hay razones que impiden que ella se logre: el juez no dispone de los instrumentos cognoscitivos ni del tiempo y libertad para investigar, los que sí tiene el científico y el historiador; porque se presiona por la existencia de distintos intereses para que el proceso se resuelva en un tiempo limitado, lo que impide investigar y averiguar la verdad; porque en muchos sistemas existen limitaciones para utilizar los medios de prueba y su valor viene determinado por el legislador, que le impone al juez una "verdad" que no corresponde a la que se llama real.

En esta concepción, debe quedar en claro que la verdad no se consigue, porque la manera como funciona el proceso en concreto impide que se logre.

d) *La irrelevancia de la verdad en el proceso civil*. Siguiendo en lo fundamental a TARUFFO, existen dos concepciones: la retórica y la narrativista.

i) La retórica, en cuanto arte de la persuasión, se desentiende de la búsqueda de la verdad, le interesa por sobre todo conseguir el consenso sobre el problema que se discute.

Así como existe una retórica general que prácticamente agota el razonamiento jurídico, existe una retórica del proceso, y dentro de estas, retóricas específicas que TARUFFO explica así: "la del abogado, que pretende persuadir al juez de que tiene razón; y la del juez, que al motivar la sentencia pretende persuadir (a las partes, a los abogados, a la opinión pública) de la bondad de la decisión que ha tomado. Por otra parte, existe también una retórica de la doctrina, que se ocupa del proceso con la pretensión de acreditar teorías acerca del mismo: es más las teorías sobre la prueba y la determinación de los hechos no serían más que argumentaciones retóricas"[5].

Se manejan criterios de conveniencia y eficacia: es *bueno* todo aquello que sirve para alcanzar la finalidad de persuadir a alguien de alguna cosa. No existen fenómenos de conocimiento, sino solo fenómenos de persuasión.

ii) La variante narrativista es una corriente que surge de la aplicación de métodos y modelos semióticos a los problemas jurídicos. "El proceso

[5] TARUFFO, *op. cit.*, pág. 49.

es considerado como un lugar donde se producen diálogos y se proponen y elaboran narraciones y es, por tanto, estudiado desde el punto de vista de estructuras lingüísticas y semióticas de esos discursos". El problema de la verdad es irrelevante para sus teorizantes.

El análisis semiótico asume a menudo una concepción autorreferencial del lenguaje, es decir, que no se refiere a una realidad, sino a entidades lingüísticas. La determinación del significado se encuentra en el propio lenguaje sin referencia a la realidad empírica.

Lo anterior, aplicado al proceso, significa: "excluir la hipótesis de que el lenguaje usado por los juristas (y en particular por los jueces) tenga que ver de algún modo con la realidad empírica de los hechos".

En resumen, en las dos concepciones pinceladas en este aparte, es indiferente el problema de la verdad[6].

B) *Concepciones que defienden la consecución de la verdad en el proceso*

Ahora, siguiendo, como lo habíamos anunciado, el método de TARUFFO, estudiaremos ciertamente con criterio esquemático y pensando en el tema que nos ocupa (el tema central de este escrito no es la verdad, sino las pruebas de oficio), pero seguramente con utilidad y para darle orden al escrito, las concepciones que nos muestran que es posible conseguir la verdad en el proceso civil desde tres puntos de vista: la posibilidad teórica, la necesidad (oportunidad ideológica) y la posibilidad práctica.

a) *La posibilidad teórica.* Existe un "realismo ingenuo" en cuya virtud el jurista da por descontado que en el proceso se consigue la verdad[7]. Y no faltan quienes en forma muy genérica y casi sin reflexión dan por descontado que el conocimiento se "corresponde" con la realidad[8].

Si bien no podemos caer en el realismo acrítico, no podemos rechazar las explicaciones del realismo crítico. Seguramente no todas las teorías de la correspondencia con aceptables, pero algunas lo son. La concepción

[6] Somos deudores de TARUFFO, *op. cit.*, págs. 54 y ss.

[7] Realismo: es el nombre de la actitud que se atiene a los hechos "tal como son", sin pretender sobreponerles interpretaciones que los falsean o sin aspirar a violentarlos por medio de los propios deseos.

En el realismo científico, empírico o crítico no puede equipararse lo percibido con lo verdaderamente conocido, y es menester someter lo dado a examen y ver lo que hay que conocer, que no es mera reproducción. Es fácil advertir que el realismo científico, empírico o crítico puede recibir el nombre de realismo moderado.

[8] Véase MICHELE TARUFFO, *op. cit.*, pág. 57.

semántica de TARSKI es aceptable, por lo que plasmaremos, de acuerdo con las necesidades de este trabajo, algunos de sus planteamientos.

El mencionado autor, refiriéndose a la definición de verdad, dice:

"Quisiéramos que nuestra definición hiciese justicia a las intuiciones vinculadas con la *concepción aristotélica clásica de la verdad*, intuiciones que encuentran su expresión en las conocidas palabras de la metafísica de ARISTÓTELES:

"*Decir de lo que es que no es, o de lo que no es que es, es falso, mientras que decir de lo que es que es, o de lo que no es que no es, es verdadero.*

"Si quisiéramos adaptarnos a la terminología filosófica moderna, quizá, podríamos expresar esta concepción mediante la familiar fórmula: *La verdad de una oración consiste en su acuerdo (o correspondencia) con la realidad.*

"(Se ha sugerido el término «teoría de la correspondencia» para designar una teoría de la verdad que se base en esta última formulación).

"En cambio, si decidimos extender el uso popular del término «designa» aplicándolo no solo a nombres, sino también a oraciones; y si acordamos hablar de los designados (designata) de las oraciones como «estados de cosas», posiblemente podríamos usar, para los mismos fines la oración siguiente:

"*Una oración es verdadera si designa un estado de cosas existente*"[9].

Entre tanto, la filosofía ha entendido las críticas al realismo tosco o empirismo elemental y ha elaborado tesis sensatas que se refieren a la realidad empírica. Se podría tomar como ejemplo a HILARY PUTNAM, que expuso su teoría del realismo interno, que abandona el realismo absoluto, fundado en el ojo de Dios, evita cualquier solipsismo y elabora el "realismo interno", que mantiene significativos vínculos racionales con la realidad del mundo.

Sí hay una realidad, pero se debe tener en cuenta que el "rastro de la serpiente humana está por todas partes: es decir que el sujeto humano deja

[9] Dice ALFRED TARSKI: "Un criterio de adecuación material de la definición: Empecemos con un ejemplo concreto. Consideremos la oración «la nieve es blanca». Nos preguntamos en que condiciones esta oración es verdadera o falsa. Parece que, si nos basamos sobre la concepción clásica de la verdad, diremos que la oración es verdadera si la nieve es blanca, y falsa si la nieve no es blanca. Por consiguiente, si la definición de verdad ha de conformarse a nuestra concepción, debe implicar la siguiente equivalencia: La oración «La nieve es blanca» es verdadera si, y solo si, la nieve es blanca". Véase LUIS M. VALDÉS VILLANUEVA, *La búsqueda del significado*, 3ª ed., Madrid, Edit. Tecnos, 2000, pág. 301. Véase JUAN ANTONIO NICOLÁS y MARÍA JOSÉ FRÁPOLLI, *Teorías de la verdad en el siglo XX*, Madrid, Edit. Tecnos, 1997, pág. 65.

su propia impronta en todas las ideas, representaciones y teorías con las que pretendemos conocer la realidad"[10]. En conclusión: no se puede negar nuestro realismo del sentido común.

b) *La necesidad ideológica (oportunidad).* Cualquier persona, sin necesidad de "capturar" ideologías, cuando se le habla de administrar justicia en términos generales, piensa en la verdad. Inclusive con el sentido común que se maneja sobre la verdad, como especie de copia de la realidad, se arguye que es sobre (o con sustento en) ella que se debe decidir.

Nos atrevemos a sostener que las personas que piensan en forma neutra (sin argumentos jurídicos) defienden y entienden la decisión justa cuando se basa en la verdad; y si profundizamos y pensamos ideológicamente, resulta muy difícil sostener que se pueda defender la justeza de una decisión sin defender la verdad como supuesto de su contenido.

Una de las ideologías del proceso sostiene que este debe tender a producir decisiones justas. Sin embargo, como sostiene TARUFFO, pueden existir otras ideologías del proceso y, por consiguiente, concebir en otra forma su finalidad, "como se hace cuando se dice que aquel pretende decidir *tout court* las controversias o decidirlas satisfactoriamente para las partes".

Independientemente del criterio que se tenga para juzgar la justeza de cualquier decisión judicial, debe quedar claro, y este es el tema que nos interesa para el trabajo que pretendemos desarrollar, que no es posible defender la justicia de una decisión, si ella no se basa en una determinación real de los hechos. Se puede concluir, entonces, que difícilmente se puede defender una decisión que no se basa en la verdad: ni desde el punto de vista ideológico y mucho menos frente al sentido común, que también importa, y mucho.

c) *La posibilidad práctica.* Ya sabemos que la verdad es teóricamente posible e ideológicamente necesaria; nos resta entonces averiguar si es posible prácticamente; y para ello es necesario saber de qué tipo de verdad se puede hablar. Se trata de una verdad relativa. No hay verdades absolutas, sino relativas. Por ejemplo: si hacemos experimentos genéticos sobre la mosca de la fruta, lograremos una verdad relativa (no cualitativamente); en forma igual sucede en el proceso. Al respecto, dice TARUFFO:

[10] Ver TARUFFO, *op. cit.*, pág. 60.

Solipsismo: Forma radical del subjetivismo, según el cual solo puede ser conocido el propio yo. HILARY PUTNAM, "El rastro de la serpiente humana esta por todas partes", en *Las mil caras del realismo*, Introducción de Miguel Ángel Quintanilla, Barcelona, Ed. Paidós, 1994, págs. 60 y ss.

"El segundo sentido en el que puede hablarse de verdad relativa tiene que ver con la relatividad respecto del contexto, entendiendo por contexto no solo los medios cognoscitivos disponibles, sino también el conjunto de las presuposiciones, de los conceptos, de las nociones, de las reglas, es decir, en una palabra, de los marcos de referencia mediante los que se construyen versiones de los hechos. El contexto incluye también el lenguaje y, más específicamente, el vocabulario cultural que se adopta para formular los problemas y para determinar las soluciones"[11].

En otras palabras: toda verdad es relativa no cualitativamente, sino cuantitativamente, ya que no hay verdades absolutas, que requerirían instrumentos ilimitados y sin ninguna utilidad. Esa verdad absoluta solo tiene "realidad" en la imaginación.

En conclusión sobre la verdad del proceso:

✓ Limitamos esa averiguación a los hechos, y se ha sostenido sensatamente que el hombre teóricamente sí tiene acceso a la verdad.

✓ Ideológicamente resulta muy difícil sostener que una decisión sobre los hechos es justa, si no se ha logrado averiguar la verdad de aquellos.

✓ Es posible prácticamente averiguar la verdad con más facilidad en aquellos países donde no hay limitaciones a los medios probatorios y no existe tarifa legal. Sin embargo, cuando no existen esas libertades, no se puede negar que sea posible averiguar la verdad.

Podemos, para trabajar el próximo capítulo, pensar que un valor que hay que defender en el proceso es la averiguación de la verdad sobre los hechos, para tener en claro uno de los ingredientes que integran el proceso justo.

[11] Véase TARUFFO, *op. cit.*, pág. 74.

Capítulo II

LA IDEOLOGÍA

Tomamos partido por la ideología que afirma que en el proceso se debe averiguar la verdad, para sobre ella dictar una sentencia justa. Ello supone tener un juez interventor en el proceso, con poderes que le permitan decretar pruebas de oficio. Siendo conscientes de la existencia de otra ideología según la cual una facultad tal rompería la imparcialidad de juez, nos ocuparemos en este capítulo del concepto de ideología.

Para empezar, es necesario dejar sentado que en esta investigación emplearemos el concepto de ideología en forma neutra, es decir, como valor o concepto fundamental de un movimiento doctrinal; de ninguna manera usaremos tal vocablo en sentido despectivo, como lo hace el marxismo, por ejemplo.

Claro lo anterior, muy esquemáticamente podríamos decir que las características de una ideología en general[1] son:

✓ Se funda siempre en las tradiciones, en los modos de vida, en una autoridad de cualquier tipo, y deja de lado la demostración como fundamento de su validez.

✓ Tiene respuesta a todo. La conciencia de saber que no sabe es propia de la ciencia; no es en absoluto un atributo de la ideología.

✓ Tiene fuerza inmensa, porque no es un error subjetivo. Ya que si se tratara de un simple desenfoque personal, una demostración sería suficiente para disolverla.

✓ Es refractaria a la experiencia.

Cuando se pretende desmontar la ideología que tiene una persona, o un grupo de personas, se tiene un trabajo arduo, ya que no se trata de una simple idea, sino de una idea "encarnada".

Cuando Platón en *El sofista* y en el *Filebo* nos habla de la ignorancia, no como un estado de carencia, sino de llenura, indudablemente se está

[1] En torno a este punto, seguimos a Estanislao Zuleta, *Elogio de la dificultad y otros ensayos*, 5ª ed., Medellín, Fundación Estanislao Zuleta, 2001.

refiriendo a la ideología. Si fuera carencia, sería muy fácil radicar otra, porque sería llenar un vacío, pero se trata de un conjunto de opiniones en las que se tiene una confianza loca. Por ello, vale pena repetir que la conciencia de saber que no sabe nunca está en la ideología.

Se dice en el diálogo (*El sofista* o *Del ser*):

"El Extranjero de Elea.—En el alma están presentes, aparentemente, dos clases de males: uno que la mayor parte de la gente llama perversión, y que es manifiestamente una enfermedad suya.

"Teeteto.— Hay que admitir, precisamente —aunque poco ha, mientras tú hablabas, yo aún dudaba —que hay dos tipos de males en el alma, y la cobardía, la intemperancia y la injusticia deben considerarse todas ellas como enfermedades que están en nosotros, *así como ha de sostenerse que esa afección múltiple y variada que es la ignorancia, es una deformidad.*

"Extranjero.— ¿Y no existen acaso dos técnicas que se ocupan de ambas afecciones, cuando estás atañen al cuerpo?

"Teeteto.— ¿Cuáles?

"Extranjero.— De la deformidad, la gimnasia; de la enfermedad, la medicina.

"Teeteto.— Así parece.

"Extranjero.— Así, el castigo es la técnica que más conviene a la justicia en los casos de desmesura, injusticia y cobardía.

"Teeteto.— Es probable, al menos desde la perspectiva de la opinión humana.

"Extranjero.— ¿Y que? ¿Contra todo tipo de ignorancia, podría aducirse algo más correcto que la enseñanza?

"Teeteto.— Nada.

"Extranjero.— Y bien, veamos: ¿Ha de decirse que la enseñanza está constituida por un solo género, o por varios, dos de los cuales son los principales? Reflexiona.

"Teeteto.— Reflexiona.

"Teeteto.— Reflexiono.

"Extranjero.— Observa si la ignorancia admite un corte por la mitad. Pues, si ella es doble, es evidente que también la enseñanza será, por necesidad, doble, y habrá entonces una correspondencia recíproca.

"Teeteto.— ¿Que? ¿Se te aclara algo lo que estamos buscando?

"Extranjero.— Me parece ver una forma de ignorancia muy grande, difícil y temida, que es equivalente en importancia a todas las otras partes de la misma.

"Teeteto.— ¿Cuál es?

"Extranjero.— Creer saber, cuando no se sabe nada. Mucho me temo que esta sea la causa de todos los errores que comete nuestro pensamiento.

"Teeteto.— Es verdad.

"Extranjero.— Y creo que solo a esta forma de ignorancia le corresponde el nombre de ausencia de conocimiento.

"Teeteto.— Completamente.

"Extranjero.— ¿Y que nombre ha de darse a la parte de la enseñanza que nos libera de ella?

"Teeteto.— Me parece, Extranjero, que los otros tipos de enseñanza se llaman oficios, pero que este se denomina, entre nosotros, educación.

"Extranjero.— Y también entre casi todos los griegos, Teeteto. Pero ahora debemos observar si ella, en su conjunto, es indivisible, o si es susceptible de cierta división que tenga un nombre adecuado.

"Teeteto.— Debe observarse eso, en efecto.

"Extranjero.— Me parece que, de cierta manera, ella es divisible.

"Teeteto.— ¿De cuál?

"Extranjero.— Creo que una parte de la enseñanza por medio de argumentos consiste en un camino abrupto, y que la otra parte, en cambio es más llana.

"Teeteto.— ¿Cómo llamamos a cada una de ellas?

"Extranjero.— Está, por una parte, el procedimiento antiguo, aquel que utilizaban de preferencia nuestros padres cuando sus hijos cometían alguna falta, y que muchos usan todavía hoy, y que, si bien reprime con cólera, también exhorta amablemente. Sería correcto llamar amonestación a la totalidad de esta técnica.

"Teeteto.— Así es.

"Extranjero.— Respecto de la otra parte, hay quienes, después de reflexionar consigo mismos, llegaron a la conclusión de que toda falta de conocimiento es involuntaria y de quienes *creen ser sabios respecto de algo, no querrán aprender nada sobre ello. Por todo lo cual dicen que, aunque la educación con amonestaciones cuesta mucho trabajo, produce escasos efectos.*

"Teeteto.— Y tienen razón.

"Extranjero.— Así, para rechazar esta opinión, recurren a otro procedimiento.

"Teeteto.— ¿Cuál?

"EXTRANJERO.— Interrogan primero sobre aquello que alguien cree que dice, cuando en realidad no dice nada. Luego cuestionan fácilmente las *opiniones* de los así desorientados, y después de sistematizar los argumentos, los confrontan unos con otros y muestran que, respecto de las mismas cosas, y al mismo tiempo, sostienen afirmaciones contrarias. Al ver esto, los cuestionados se encolerizan contra sí mismos y se calman frente a los otros. Gracias a este procedimiento, se liberan de todas las grandes y sólidas opiniones que tienen sobre sí mismos, liberación esta que es placentera para quien escucha y base firme para quien la experimenta. En efecto, estimado joven, quienes así purifican piensan, al igual que los médicos, que el cuerpo no podrá beneficiarse del alimento que recibe hasta que haya expulsado de sí aquello que lo indispone, y lo mismo ocurre respecto del alma: ella no podrá aprovechar los conocimientos recibidos hasta que el refutador consiga que quien ha sido refutado se avergüence, eliminando así las *opiniones que impiden los conocimientos, y muestre que ella está purificada, consciente de que conoce solo aquello que sabe, y nada más.*

"TEETETO.— Esta es la mejor y la más sensata de las disposiciones, sin duda.

"EXTRANJERO.— Por todo ello, Teeteto, debe proclamarse que la refutación es la más grande y la más poderosa de las purificaciones, y a su vez debe admitirse que quien no es refutado, así se trate del Gran rey, será un gran impuro, y dejará inculto y afeado aquello que tendría que ser lo más puro y lo mejor para quien aspire a ser realmente feliz".

En cierta forma, las ideologías tienen raigambre inconsciente, y se requiere, como ya se dijo, una labor crítica y de refutación muy ponderada y responsable para desmontarla.

Ahora bien, en lo que hace al proceso, particularmente en el campo probatorio, las diversas ideologías subyacen en las normas que regulan el mencionado aspecto. Así por ejemplo, cuando al juez no le es permitido decretar pruebas de oficio, porque ello rompería su imparcialidad; aquello que subyace es la ideología según la cual el proceso es un problema de partes en el que el juzgador tiene un papel de simple espectador.

Dado que este estudio se refiere concretamente a las pruebas de oficio, somos claros en tomar partido por la ideología que las sustenta, es decir, aquella según la cual en el proceso se debe averiguar la verdad y sobre ella dictar la sentencia para que esta sea justa, pues, como es evidente, solo tal ideología legitima la existencia de un juez interventor en el proceso, un juez con iniciativa y poderes para averiguar la verdad mediante el decreto oficioso de pruebas.

Decretar pruebas de oficio, para fundar la sentencia sobre la verdad, es *pronunciar una sentencia justa*. Y *siendo tal la ideología, un juzgador no* podría legítimamente sostener, por ejemplo:

"El desinterés o la incuria de cualquiera de las partes en aducir sus pruebas no pueden razonablemente ser suplidas por el juez con el pretexto de inquirir la verdad real sobre las materias controvertidas, porque la actuación de este debe ser imparcial en todo tiempo, y sus poderes oficiosos se limitan a esclarecer puntos oscuros o de duda que se presenten en el juicio. Debe pues aclarar lo que parece verdadero en principio y no investigar la fuente misma de la verdad, como si se tratase de un asunto criminal"[2].

Ni tampoco decir:

"La facultad que a los jueces concede la ley para dictar medidas para mejor proveer, no puede entrañar para ellos una obligación. Esta facultad debe considerarse como potestativa para los jueces, más, cuando es deber del litigante acreditar los elementos de la acción que deduce o de la excepción que opone. Si los jueces no dictan medidas para mejor proveer, no violan garantías individuales"[3].

Tales jurisprudencias —de Colombia y México respectivamente—, ponen de presente que el juzgador latinoamericano aún no ha logrado abandonar la ideología que concibe el proceso como una cuestión de las partes; no ha interiorizado, no hay logrado "encarnar" la ideología según la cual en el proceso debe buscarse la verdad.

Difícilmente se puede concebir el proceso como justo, cuando la sentencia no se construye sobre la verdad. Y ese "residuo" de la ideología de concebir el proceso como asunto de las partes "refluye" y se manifiesta cuando se dice: "no se puede suplir la incuria de las partes" o "es una facultad" como equivalente a gracia.

[2] Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sent. de 29 enero 1979, Colombia.

[3] *Jurisprudencia*. Quinta época. Tercera Sala. Fuente: apéndice de 1998, México.

Capítulo III

LA NECESIDAD PSICOLÓGICA DE LA VERDAD Y LAS PRUEBAS DE OFICIO

En este aparte exploraremos otro de los argumentos por los cuales defendemos el decreto oficioso de pruebas: la necesidad psicológica del juzgador.

El juez que cumple con el principio de inmediación y que efectivamente pone los órganos de sus sentidos bajo el yugo de la atención cuando está recibiendo la prueba, hará valoraciones y seguramente descubrirá vacíos probatorios que no le permiten lograr la verdad de los hechos. En ese momento "terrible" de vacío, para abastecer —por decirlo en alguna forma— la necesidad de verdad, puede y debe decretar pruebas de oficio.

Es un momento de reflexión, pero alimentado por la ansiedad de descubrir la verdad, lo que prácticamente impulsa al juez a decretar las pruebas de oficio.

No puede ser otro el talante psicológico de quien interioriza la ideología de la justicia, de acuerdo con la cual esta no se administra bien, sino cuando se sustenta en la verdad de los hechos. Ello resulta radicalmente opuesto cuando la ideología que se maneja establece que el fin del proceso es compaginar los intereses para dirimir el conflicto. Con esta ideología, la ansiedad producida por la posibilidad de descubrir la verdad —que surge en numerosas ocasiones— resulta "aplacada" por el juzgador, con lo que da al traste incluso con la compaginación de intereses y resulta justificado seguir con el conflicto. Para esta concepción, la verdad puede resultar un *desvalor*.

Repitiendo, diríamos que además de ser teóricamente posible averiguar la verdad, es ideológicamente necesario, prácticamente posible y además suple una necesidad psicológica del sujeto que juzga, que cuando empieza a descubrir, como lo veremos adelante, tiene necesidad de saber la realidad de los hechos que le sirven de sustento a lo que va a decidir.

CAPÍTULO IV

LA NECESIDAD LÓGICA DE DECRETAR PRUEBAS DE OFICIO

"El hombre se ha desarrollado en la naturaleza para llenar el hueco de un ser inteligente"[1]. El requerimiento de comprensión, es decir, de acomodación cognoscitiva al entorno o de "conocer el camino" constituye uno de los requerimientos fundamentales de la condición humana. El hombre es *homo quarens*"[2].

El hombre tiene necesidad de información como sostiene RESCHER, y pretende por todos los medios lograrla, tal como tiene necesidad de alimentos. El juez educado para investigar (dentro de ciertos límites), cuando descubre una deficiencia probatoria y como consecuencia un "vacío cognoscitivo", sufre una molestia similar al dolor físico[3]. Frente a esa situación, la necesidad "básica de información y comprensión, presiona al juez y debe hacer lo que sea necesario para su satisfacción"[4].

No es posible pedirle a un juez que renuncie a su necesidad de información para orientar el proceso cognoscitivo, salvo que se maneje la ideo-

[1] NICHOLAS RESCHER, *La racionalidad*, Madrid, Edit. Tecnos, 1993, pág. 81.

[2] *Idem, ibidem*, pág. 81.

[3] *Ibidem*, pág. 82.

[4] Dice RESCHER: "La búsqueda de orientación cognoscitiva en un mundo difícil nos representa un requisito profundamente práctico; la necesidad básica de información y comprensión nos presiona y debemos hacer lo que sea necesario para su satisfacción (y estamos prácticamente justificados a ello). Para nosotros, lo cognoscitivo constituye un asunto práctico; el conocimiento mismo satisface una necesidad práctica.

"Históricamente, por cierto, incluso el escéptico más radical ha reconocido que el hombre debe actuar para sobrevivir y crecer en el mundo. El escéptico, como cualquier otro, también reconoce que nosotros, los seres humanos, nos encontramos viviendo en *in media res* en un entorno que no satisfará nuestras necesidades, deseos y expectativas automáticamente, sin nuestra intervención. Este reconocimiento abre el camino para una objeción al escepticismo, la que de que inmoviliza la acción, y ofrece una «refutación», ya que el escepticismo hace imposible toda conducta vital" (*op. cit.*, pág. 82).

logía de que lo importante es dirimir el conflicto, sin que importe si ello se logra sobre la verdad o sin ella. Podríamos afirmar que la interiorización ideológica evita la necesidad cognoscitiva, pero mientras esa no sea la ideología, aquella debe ser saciada, y ello, en el proceso, solo se logra con las pruebas de oficio.

Capítulo V

LAS PRUEBAS DE OFICIO Y LA DECISIÓN JUDICIAL

Dada la enorme utilidad que representa para nuestro estudio, es necesario hacer referencia a la tradicional clasificación de la construcción de la decisión judicial en dos fases: la fase de descubrimiento (*context of discovery*) y la fase de justificación (*context of justification*), pues solo en la primera de ellas las pruebas de oficio muestran su importancia.

En lo que sigue, nos ocuparemos entonces en la fase de descubrimiento, primero en un sentido general y abstracto, y posteriormente, aplicado a un caso concreto.

Veamos, en primer lugar, cómo opera la ideología en la fase de descubrimiento. Si la ideología, la opinión —en términos de Platón—, el valor que manejamos en el proceso, es el de investigar para descubrir la verdad y sobre ello construir una sentencia justa, el proceso cognoscitivo del juzgador adquiere necesariamente un ánimo heurístico, de descubrimiento, de pesquisa; al paso que su norte es, como ya dejamos dicho, la averiguación de la verdad.

Si por el contrario, la ideología que se defiende es aquella según la cual mediante el proceso solo se pretende componer un conflicto, esa necesidad de descubrimiento que siente el juzgador a medida que avanza en su proceso cognoscitivo resulta "aplacada" por una censura ideológica[1] y lo obliga a resolver en la misma forma en que lo harían los jueces de un combate de boxeo, esto es, limitándose a decir quién ganó con los elementos que había. Resulta claro, entonces, cómo tal ideología (no decretar prue-

[1] Acerca del funcionamiento de la censura ideológica en el pensamiento, haciendo un símil con los sueños, Estanislao Zuleta sostiene: "Así como el sueño trabaja con muy diversos materiales —restos diurnos, recuerdos infantiles, deseos inconscientes, fantasmas personales y dramas universales, tomados en un campo de fuerzas, las exigencias pulsionales y la censura que le son constitutivas—, así también el pensamiento trabaja con esos mismos materiales y con otros, en un campo de fuerzas en que *se enfrentan las ideas que tratan de irrumpir y las constricciones científico-ideológicas* que determinan lo comunicable y, por tanto, lo propiamente pensable (...)".

bas de oficio a pesar de la necesidad cognoscitiva) "trunca", detiene la vida propia del pensamiento, que se abría paso con carácter corrosivo, y por ello se llega a decir:

"El desinterés o la incuria de cualquiera de las partes en aducir sus pruebas no pueden razonablemente ser suplidos por el juez con el pretexto de inquirir la verdad real sobre las materias controvertidas, porque la actuación de este debe ser imparcial en todo tiempo"[2].

Inicialmente el juez tiene un problema: ¿cuál es la verdad? Para descubrir la respuesta, el juez, según la ideología que defienda, cuenta o con los medios probatorios a su disposición, o con el decreto oficioso de pruebas cuya necesidad surja del vacío cognoscitivo que se le presente. Así, si por ejemplo llega a la conclusión de que efectivamente se causaron perjuicios, pero no se solicitaron pruebas para demostrar su cuantía, surge un vacío cognoscitivo (que debe de ser aterrador) para quien maneja la ideología según la cual el decreto oficioso de pruebas supone romper la imparcialidad y la igualdad. Obsérvese, hay un vacío cognoscitivo que tiene que reprimir con el peso de la ideología[3].

Como reiteradamente lo hemos expresado, la ideología que defendemos afirma que en el proceso debe investigarse y descubrirse la verdad; y en consecuencia, consideramos necesario permitir que el pensamiento del juzgador, en busca de ese fin, se abra paso y le cree necesidades cognoscitivas, para cuyo abastecimiento cuenta precisamente con la posibilidad de decretar pruebas de oficio.

Dado que dictar sentencia (resolver un problema) es en su primera etapa, una cuestión heurística o de descubrimiento, las enseñanzas de ELÍ DE GORTARI resultan de gran provecho:

[2] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sent. de 21 agosto 2002. M. P.: Germán Valdés Sánchez.

[3] Decimos que debe ser aterrador que la ideología reprima averiguar la verdad, y para ello recurrimos a FEDERICO NIETZSCHE. Recordemos aquí la extraordinaria tensión que se produce al final de la segunda parte de *Así hablaba Zaratustra* en el capítulo titulado "La más silenciosa de todas las horas", principalmente en el pasaje en el que el Zaratustra está lleno de terror: "Entonces algo volvió a hablarme sin voz: lo sabes, Zaratustra, pero no lo dices.

"Y al fin, respondí, como un porfiado: Sí, lo sé; pero no quiero decirlo.

"Entonces algo me habló de nuevo sin voz: ¿Que no quieres, Zaratustra? ¿De veras? ¡No te escondas en tu porfía!".

Aquí encontramos el vínculo entre lo "que ya se sabe", y la exigencia de valor, de audacia, y de arriesgarse a ser descubridor" (ESTANISLAO ZULETA, *op. cit.*).

"Las expresiones del pensamiento constituyen preguntas y problemas por resolver, o bien, respuestas y soluciones a las indagaciones realizadas. En este sentido, el curso del conocimiento científico consiste en una sucesión ininterrumpida de problemas que surgen a partir de los resultados obtenidos en las investigaciones anteriores y se resuelven mediante el razonamiento y la experimentación. A su vez cada solución lograda entraña otros problemas que, al ser resueltos o esclarecidos, conducen nuevamente a interrogantes y, así, prosigue una cadena interminable de preguntas y respuestas. Para encontrar la solución de esos problemas, la actividad científica ha establecido procedimientos adecuados y desenvuelve continuamente otros nuevos. Entre ellos se encuentran los experimentos que nos informan, tan exacta y completamente como es posible, acerca de los procesos naturales y sociales, lo mismo que sobre sus conexiones activas y su mutua causalidad. También se encuentran las teorías, que nos permiten reunir los resultados de los experimentos en una explicación común, necesaria y suficiente. Por último, tenemos la aplicación de dichas teorías para intervenir, de manera directa y concreta, en el comportamiento de los procesos de la sociedad y la naturaleza, haciendo que produzcan la satisfacción de las necesidades humanas y resolviendo prácticamente, de esta manera, los problemas que impulsan la propia actividad científica.

"En términos generales, por problemas entendemos cualquier dificultad que no se pueda resolver automáticamente, es decir, con la acción de nuestros reflejos instintivos y condicionados, o mediante el recuerdo de lo que hemos aprendido anteriormente. Por tanto, continuamente se suscitan ante nosotros los más diversos problemas, cada vez que nos enfrentamos a situaciones desconocidas, ante las cuales carecemos de conocimientos específicos suficientes. Entonces nos vemos obligados a buscar la solución o el comportamiento adecuado para poder enfrentarnos valerosamente a tales situaciones. Por otra parte, además de los problemas que nos imponen directamente las condiciones naturales y sociales en que vivimos, constantemente estamos creando o inventando otros problemas; como son, por ejemplo, la explicación de los procesos recién descubiertos, la demostración de teoremas, la verificación de hipótesis, la decisión entre dos o más teorías en pugna, o bien, la transformación de la naturaleza y la sociedad. Esta actitud se acentúa críticamente en nuestras actividades científicas y filosóficas, ya que entonces advertimos problemas que en otros casos ignoramos, nos imaginamos otros nuevos, los planteamos con la máxima claridad, los insertamos en el sistema de conocimientos adquiridos y los tratamos de resolver con el mayor rigor posible, siempre con el afán de enriquecer nuestros conocimientos.

"Los problemas científicos pueden ser teóricos o prácticos, abstractos o concretos, y consistir en la indagación de soluciones o en el establecimiento de demostraciones. Los problemas por resolver implican la necesidad de hallar la respuesta a una cuestión indagada, descifrar los valores de ciertas incógnitas, descubrir algún proceso desconocido, encontrar la manera de intervenir en el comportamiento de un proceso para cambiarlo, construir objetos o instrumentos, formular nuevos conceptos, inferir conclusiones, establecer hipótesis o determinar explicaciones pertinentes. En cambio, los problemas por demostrar nos imponen la necesidad de verificar la solución hallada para una cuestión, demostrar o refutar racionalmente alguna hipótesis, comprobar o eliminar experimentalmente la conclusión de un razonamiento, o resolver la contradicción entre dos o más posibilidades incompatibles"[4].

Visto lo anterior, conviene entonces "aterrizar" lo expuesto acerca de la fase de descubrimiento. Para tal efecto, y siguiendo en lo fundamental a ELÍ DE GORTARI, en las páginas subsiguientes nos ocuparemos en analizar cuidadosamente la fase de descubrimiento recorrida por el Consejo de Estado colombiano en la expedición de la sentencia del 10 de febrero de 2000[5].

Dado que los hechos que dieron lugar a la mencionada sentencia resultan de capital importancia para el análisis que nos proponemos realizar y revisten, por demás, cierta complejidad, en las líneas que siguen nos ocuparemos en ellos con algún detenimiento:

✓La mañana del día 19 de septiembre de 1991, el estudiante universitario *x* acude al servicio médico de la UIS y le manifiesta al médico de turno que padece "un dolor en el hipocondrio derecho irradiado a la espalda". El doctor Y, que lo atiende, *sospecha que se trata de apendicitis* y, para ratificar el diagnóstico, ordena unos exámenes. Le manifiesta al estudiante que lleve los resultados y que, si él no se encuentra, los muestre al médico del turno siguiente.

✓ *x* acude posteriormente a la mencionada sección en dos oportunidades, en las que es atendido por dos médicos distintos que, sin atender a los exámenes practicados, se limitan a escuchar del paciente los síntomas —que llevan más o menos ocho días de evolución—, y sin practicarle examen o exploración física alguna al paciente, proceden a formular "a ojo de buen cubero" Buscapina ampollas y Placil (*sic*), que complementan con una incapacidad de ocho días.

[4] ELÍ DE GORTARI, *Lógica general*, 5ª ed., México, Edit. Grijalbo, pág. 223.

[5] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, sent. de 10 febrero 2000. Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández. Ref. 11.878.

✓ En vista de que no presentaba mejoría alguna, el 27 de septiembre *x* regresó al servicio médico de la UIS, donde el médico de turno consideró que era urgente hospitalizarlo. Teniendo en cuenta las manifestaciones de los familiares del muchacho, en el sentido de que carecían de medios económicos, el médico optó por remitirlo al Hospital Universitario RGV —en adelante HURGV—.

✓ *x* fue llevado al hospital mencionado en las horas de la tarde del 27 de septiembre de 1991. Allí fue valorado en numerosas oportunidades por estudiantes de pregrado y posgrado y por médicos de planta, que se limitaron a descartar posibles enfermedades.

✓ *x* fue abandonado a su suerte sobre una camilla en la sala de urgencias del hospital. Ante la irresponsabilidad de los médicos de esta institución y dado que el paciente empeoraba y se encontraba ya en estado "preagónico", sus parientes optaron por trasladarlo, el 30 de septiembre siguiente, a la clínica CST.

✓ Tan pronto como ingresó a la clínica, se le practicaron los exámenes de laboratorio de rigor. En la tarde, se le practicó una endoscopia (laparoscopia) y se descubrió que el paciente tenía una peritonitis de bastantes días de evolución. En las horas de la noche de ese mismo día se le practicó a *x* una cirugía. El muchacho presentaba una "peritonitis generalizada, con abundante material purulento, pileflebitis con compromiso hepático y signos de septisemia (*sic*)". Falleció a las 2:45 a.m. del 2 de octubre de 1991.

Demandado el HURGV, afirmó que "los diagnósticos fueron hechos con la participación de los médicos especialistas y mediante la evaluación de los exámenes de apoyo, y explicó que las dificultades se presentaron no solo por tratarse de una patología con evolución extrahospitalaria de por lo menos doce días, cuyos signos se encontraban enmascarados, sino porque los síntomas del paciente eran totalmente atípicos de una apendicitis común, dado que el paciente presentaba un apéndice retrocecal, esto es, que asciende por detrás del colon, «variedad anatómica de infrecuente ocurrencia en la conformación del organismo». No existen exámenes ni tecnología de apoyo que permitan descubrirla, «tan solo una aventura o especulación médica que con suerte o milagrosamente suponga o llegue a tal fenómeno»".

Explicó que esa variedad anatómica hizo imposible el diagnóstico, "planteando tal circunstancia una situación invencible y de fuerza mayor al ejercicio médico, al que no se le puede exigir, como no es exigible a la ciencia médica, la categoría de exacta, como si estuviésemos ante una operación matemática. Agregó que la dificultad para diagnosticar este tipo de

patología no solo la tienen los hospitales de nuestro país, sino que la afronta «la medicina universal». En relación con la laparoscopia que se le practicó en la clínica en donde falleció *x*, explicó que dicho examen no podía ubicar el apéndice del paciente, sino que tenía por objeto explorar el hígado, encontrándose con una peritonitis que se intentó afrontar con cirugía, en la que se descubrió el apéndice retrocecal. Lo ocurrido constituye, entonces, una fatalidad insuperable, originada en la variedad anatómica infrecuente que presentaba el apéndice del joven *x*".

Siguiendo entonces a ELÍ DE GORTARI, analicemos la fase de descubrimiento recorrida por el juzgador en el ejemplo propuesto:

i) *Para resolver, en primer lugar es necesario que el juzgador entienda cabalmente el enunciado del problema.* En el caso en que nos ocupamos, el problema consiste en saber si el HURGV es responsable de la muerte del joven estudiante *x*, ocurrida el 2 de octubre de 1991, por una ostensible y protuberante falla del servicio en la prestación de atención y asistencia médica y hospitalaria de la entidad indicada. Eso hay que averiguar.

ii) *El problema debe considerarse en su conjunto y, por ende, debe tomarse en cuenta la otra versión (si la hay), la versión suministrada por la parte demandada.* Ya sabemos que se reclama responsabilidad a cargo de la entidad demandada y sabemos la causa que se invoca como fuente de esa responsabilidad. Debe entonces tenerse en cuenta la versión suministrada por la parte demandada, que fundamentalmente afirma que los síntomas eran totalmente atípicos de una apendicitis común, dado que el paciente presentaba un apéndice retrocecal, esto es, que asciende por detrás del colon, "variedad anatómica de infrecuente ocurrencia en la conformación del organismo".

Alega el hospital que esa variedad anatómica hizo imposible el diagnóstico, "planteando tal circunstancia una situación invencible y de fuerza mayor al ejercicio médico, al que no se le puede exigir, como no es exigible a la ciencia médica la categoría de exacta, como si estuviésemos ante una operación matemática".

iii) *El juzgador debe hacer una especie de "mono" o bosquejo del problema que se ha de resolver, sin hacer hincapié en particularidades.* Según la parte demandante, *x* falleció por falla en el servicio, con lo que se compromete la responsabilidad del Hospital Universitario. Frente a ello, el hospital demandado alega una causa extraña que pretende radicar en que *x* tenía un apéndice "retrocecal", "variedad anatómica de infrecuente ocurrencia en la conformación del organismo", para cuyo descubrimiento no existen exámenes ni tecnología de apoyo.

iv) *Después debe hacer una o varias hipótesis de posibles soluciones (va en pro del descubrimiento de la verdad), "sin preocuparse todavía del camino que pueda conducir a ella*". En el caso en estudio, tenemos por lo menos dos hipótesis: hubo falla en el servicio, o la otra, no la hubo, no se podía descubrir la apendicitis, por tener la víctima apéndice retrocecal.

v) *Una vez conseguido lo anterior, es necesario hacer un análisis del problema, para diferenciar netamente los datos de que se dispone, saber cuál es la incógnita y determinar cuáles son las condiciones que debe cumplir*. Siguiendo con el caso que hemos utilizado como ejemplo, agreguemos que uno de los datos que permite vestir con algo más el asunto es que un médico que declara y que hizo el primer diagnóstico dijo:

"Le dije que tenía una enfermedad grave, una cuestión abdominal aguda, y le dije entonces: *tiene que presentarse al hospital para que le traten esa enfermedad. En la historia clínica le puse como diagnóstico apendicitis con una interrogante*".

Aquí tenemos claramente no solo una incógnita (causa o razón oculta de un hecho), sino dos. El juzgador debe determinar si hubo o no falla en el servicio, y debe además descubrir por qué no se siguió estudiando la patología del estudiante fallecido, teniendo como guía el primer diagnóstico, o cuándo y por qué se descartó.

vi) "En seguida, es preciso considerar los elementos principales, examinándolos sucesivamente, combinándolos de diversas maneras y estableciendo las relaciones que puedan existir entre cada uno de ellos y los otros, lo mismo que entre cada elemento y el problema en conjunto. En particular se debe indagar si los datos son suficientes para plantear el problema, si la incógnita se encuentra bien definida y si la condición establecida es suficiente para determinar la incógnita".

En el caso que hemos utilizado como ejemplo, el tribunal (el juez) le preguntó (decretó oficiosamente un dictamen pericial) al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses por aquello sobre lo que no tenía información suficiente:

"A. Si el paciente *x*, dados los síntomas que venía padeciendo desde el día 16 de septiembre de 1991 ¿acudió oportunamente al servicio médico de Bienestar Universitario de la UIS, así como a la Sección de Urgencias del HURGV?

"Respuesta: Revisado el expediente, llama la atención en hecho de que el paciente consulta al servicio médico de la UIS, dos días después de iniciada la sintomatología (dolor de estómago).

"Un cuadro típico de apendicitis aguda obliga al paciente a buscar auxilio médico a las pocas horas de iniciado. De otra parte cuando el paciente consulta el servicio de urgencias del HURGV, los signos y síntomas se han modificado bizarramente hasta desorientar a los médicos examinadores.

"B. Con respecto a lo anterior, en caso de que hubiese sido tardía la consulta a los médicos en las citadas instituciones ¿hasta qué punto *esta circunstancia pudo influir en el diagnóstico y tratamiento correspondiente*?

"Respuesta. En la primera consulta (al servicio médico de la UIS) el examen físico que se le practicó, aunado a la prueba de laboratorio solicitada, hubieran permitido al médico tratante orientar su diagnóstico hacía un abdomen agudo de tratamiento quirúrgico.

"Se hace un estudio de todas las pruebas recaudadas, estudio que es dialéctico y que permite despejar la incógnita (no las referimos, porque hace perder el fin que perseguimos) y hacer descubrimientos como:

"Que el proceso séptico sí había empezado antes de ingresar al hospital, pero no se encontraba muy avanzado cuando ingresó al HURGV, por lo que su diagnóstico y tratamiento oportunos habrán podido cambiar radicalmente el curso de los acontecimientos. Y aunque dada la gravedad de la situación en ese momento, no podría asegurarse que la muerte del paciente no se hubiera producido, es indudable, en opinión de la Sala, que la conducta omisiva del hospital disminuyó notablemente sus oportunidades de sobrevivir. En otras palabras, si bien no puede considerarse probada la relación de causalidad entre la actitud omisiva de la entidad demandada y la muerte del paciente, sí está claramente acreditada aquella que existe entre dicha actitud y la frustración de su chance de sobrevida. Esta distinción es fundamental para enervar cualquier observación relativa a la laxitud en la prueba de la causalidad. Esta se encuentra totalmente acreditada respecto de un daño cierto y actual, que no es la muerte, sino la disminución de las posibilidades de sanar".

Solo una ideología "encarnada" habría reprimido el pensamiento, surgido de la necesidad cognoscitiva de saber si con el diagnóstico realizado por el primer médico que examinó al paciente habría podido persistir en el diagnóstico de la apendicitis. Esta necesidad cognoscitiva fue abastecida por las respuestas a las preguntas de oficio formuladas por el tribunal.

Dentro de las preguntas que se les formularon a los peritos resulta relevante, además de las transcritas, la siguiente:

"C. ¿Sí fue adecuado el tratamiento médico y las indicaciones que se le hicieron en el servicio médico de Bienestar Universitario de la UIS, según consta en la respectiva historia clínica ...?

"Respuesta: En nuestro concepto es en la segunda consulta (al servicio médico de la UIS) cuando se incurre en un error médico de apreciación, pues el resultado del examen solicitado, no encaja en modo alguno dentro de un cuadro de etiología viral. Además dado que el primer examinador sospecha apendicitis aguda, el paciente ha debido ser reexaminado en esta segunda consulta, hecho que al parecer no ocurrió".

Debe afirmarse finalmente que una vez logrado el descubrimiento, viene la justificación de la decisión; la explicación de ella que en parte hemos dejado traslucir en el caso que hemos explicado muy esquemáticamente es una parte demostrativa, donde ningún descubrimiento hacemos, solo explicamos lo resuelto[6].

En la sentencia que venimos estudiando, y cuya lectura recomendamos, la fase de justificación puede identificarse fácilmente, pues el Consejo de Estado se ocupa en ella en un aparte claramente delimitado.

Dice el mencionado tribunal:

"Conforme al análisis probatorio hecho anteriormente, se encuentra demostrado que *x* murió a consecuencia de un *shock* séptico, causado por apendicitis aguda. En la cirugía practicada en la clínica CST, se hizo diagnóstico de apendicitis retrocecal con septicemia y pileflebitis.

"Está probado, igualmente, que el diagnóstico no pudo establecerse sino luego de practicarse la citada cirugía (laparotomía) en la Clínica CST, entidad de carácter privado a donde fue llevado el paciente por sus familiares, luego de haber sido valorado en el Servicio Médico Odontológico de la UIS, entre los días 19 y 27 de septiembre de 1991, y en el HURGV, entre los días 27 y 30 del mismo mes.

"La muerte se produjo, sin duda, debido a la falta de tratamiento oportuno de la patología presentada, lo que, a su vez, tuvo por causa el no esclarecimiento a tiempo del diagnóstico. Así las cosas, es necesario establecer si de este hecho son responsables las entidades demandadas, esto es, si el daño causado resulta imputable a ellas y tiene carácter antijurídico.

"En lo que se refiere a la UIS, se debe aclarar, en primer lugar, que si bien los servicios que debía ofrecer la Sección de Servicio Médico Odonto-

[6] ELÍ DE GORTARI, *Introducción a la lógica dialéctica*, México, Edit. Grijalbo, 1979. Y la sentencia del Consejo de Estado de 10 febrero 2000. M. P.: Alier Eduardo Hernández. Referencia 11.878.

lógico de Bienestar Universitario se encontraban muy limitados desde hacía varios años e inclusive algunos inicialmente ofrecidos habían sido eliminados, la atención y la valoración requeridas por *x*, para efectos de determinar el diagnóstico, podían hacerse perfectamente con los recursos humanos y físicos con que contaba dicha sección".

En capítulo posterior nos ocuparemos detenidamente en la fase de justificación que puede apreciarse en esta sentencia, que aquí dejamos apenas esbozada.

Capítulo VI

LA LÓGICA FORMAL Y LA DECISIÓN

Incluimos este aparte (aceptando en vía de discusión que el juez al decidir hace silogismos, lo que no le crearía vacíos cognoscitivos; en la premisa menor volcamos toda nuestra capacidad de descubrimiento y ahí surgen aquellos y juega la ideología: descubrimos o no la verdad), para demostrar que en la indagación del problema se presentan vacíos cognoscitivos, y que la teoría de silogismo no es una descripción de lo que hace el juez, sino una ideología, un valor.

El libro *De los delitos y de las penas*, de CÉSAR BECCARIA, aparece en pleno siglo XVIII, en el año de 1764. En cambio, GALILEO GALILEI había nacido en Pisa en pleno siglo XVI, y nos había legado el método experimental. En este sentido, son fundamentales sus experimentos sobre la caída de los cuerpos y las leyes universales del movimiento derivadas de ellos. La peculiar distinción entre la antigua consideración cualitativa de la naturaleza, que partía de "formas" y "esencias", y la nueva de GALILEO, orientada cuantitativamente, se manifiesta de modo particularmente significativo en este ejemplo, por el planteamiento, totalmente diferente, con que GALILEO aborda la investigación de movimiento de caída. ARISTÓTELES preguntaba: ¿Por qué caen los cuerpos?; y respondía más o menos: porque los cuerpos son, por esencia, "pesados", y buscan su "lugar natural" (en el centro del universo). GALILEO pregunta: ¿Cómo caen los cuerpos? Para estudiarlo, divide (con el pensamiento) el proceso de caída unitario en factores mensurales: distancia de caída, el movimiento de la resistencia que se le oponga, etc., e investiga, con experimentos y mediciones, la relación cuantitativa de estos factores[1].

Lo anterior nos permite afirmar que en ese momento en el campo del derecho el método empírico racional, no tenía prestigio, y por ello CÉSAR

[1] HANS JOACHIM STORIG, *Historia Universal de la Filosofía*, Madrid, Edit. Tecnos, 1995, pág. 324.

BECCARIA, utilizó el silogismo como valor, como ideología, con lo que compartimos lo que sostiene MICHELE TARUFFO, cuando dice:

"Tenemos que tomar en cuenta una tradición que se remonta a la mitad del siglo XVIII, hace dos siglos y medio más o menos, cuando los juristas iluministas construyeron lo que se conoce como la teoría silogística de la decisión judicial, es decir, la idea según la cual el juez razona en las formas del silogismo: una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión. (Tengo en mente en este momento a CESAR BECCARIA, en el campo del derecho penal, y muchos otros después).

"Esa teoría, si se toma como una descripción de lo que hace el juez, siempre ha sido falsa. Ningún juez ha razonado según ese esquema y mucho menos en la fase de descubrimiento de la decisión.

"De BECCARIA en adelante, la teoría silogística de la decisión siempre fue una ideología de la decisión, no una descripción de la misma. Si se toma como ideología de la decisión, puede haber tenido un sentido en algún momento histórico (la idea del silogismo judicial va contra la arbitrariedad de las decisiones de los jueces). El hecho de prescribir la decisión del juez según las reglas del silogismo, es una forma de impedirle decisiones arbitrarias y una manera de imponerle que decida en forma racional. El modelo lógico del silogismo se entendió, desde ARISTÓTELES en adelante, como modelo ideal de certeza lógica y, por esa razón, BECCARIA y otros decidieron usar el silogismo y no otro esquema.

"El silogismo en la lógica clásica y luego en la lógica medieval representaba el máximo de certeza en el razonamiento en el razonamiento en general y, por tanto, se consideró que el silogismo judicial representaba el máximo de la certidumbre en el razonamiento del juez. Entonces, este es un punto de referencia ideal que, sin embargo, no refleja la realidad"[2].

En efecto: de la lectura total del libro *De los delitos y de las penas*, se llega fácilmente a la conclusión de que se trata de una ideología, de casi un mensaje dirigido especialmente a los jueces para que no fueran arbitrarios; incluso quien hace la traducción de la edición de César Cantú, Pascual Vincent, en 1879, dice en la parte titulada "Del traductor a los lectores":

"Así vemos también que llega hasta negar a los jueces el derecho de interpretar la ley, proclamando como suprema justicia la aplicación literal y servil de su texto, cosa irrealizable aún para quien con mejor voluntad quisiera proponérselo; pero exageración que tiene su disculpa en los abu-

[2] MICHELE TARUFFO, *Cinco lecciones mexicanas*, Memoria del Taller de Derecho Procesal. Tribunal Electoral, pág. 3.

sos de todo el arbitrario sistema de su tiempo, y en la multitud y gravedad de los males que originaba y que el autor conocía muy bien"[3].

BECCARIA muestra toda su preocupación por los abusos, y quiere indicar alguna institución que los frene, que los haga desaparecer; y por ello, de una lectura "rumiante" de la parte IV, que trata de la interpretación de las leyes, transcribimos solo una parte que muestra lo que estamos afirmando:

"En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto: la mayor debe ser la ley general; la menor, la acción conforme o no a la ley; la consecuencia, la libertad o la pena. Cuando el juez se vea obligado o quiera hacer aunque solo sean dos silogismos, se abre la puerta a la incertidumbre.

"No hay cosa de mayor peligro aquí que aquel axioma común de que «es necesario consultar el espíritu de la ley». Esto es un dique roto al torrente de las opiniones. Esta verdad que parecerá una paradoja a las inteligencias vulgares más impresionadas por un pequeño desorden presente, que por las funestas pero remotas consecuencias que nacen de un falso principio arraigado en un pueblo, me parecen una verdad demostrada. Nuestros conocimientos y todas nuestras ideas tienen una conexión recíproca; cuanto más complicadas, tanto más largos son los caminos que conducen a ellas y que de ellas parten. Cada hombre tiene su punto de vista; cada cual lo tiene distinto en tiempos diferentes.

"El espíritu de la ley sería resultado, por tanto, de una lógica buena o mala de un juez, de una digestión fácil o penosa; dependería de la violencia de sus pasiones, de la debilidad del que sufre, de las relaciones del juez con el ofendido y todas aquellas pequeñas fuerzas que en el ánimo vacilante del hombre cambian las apariencias de todo. De aquí que veamos trocarse muchas veces la suerte de un ciudadano por su paso a diversos tribunales, y la vida de los desgraciados ser víctimas de falsos raciocinios o del fermento actual de los humores de un juez que toma como interpretación legítima el vago resultado de toda aquella serie confusa de nociones que mueven su inteligencia: de ahí que veamos castigados diversamente unos mismos delitos por el mismo tribunal en diversos tiempos, por haber con-

[3] CÉSAR BECCARIA, *De los delitos y de las penas* (según el texto publicado en Florencia en 1862, por CÉSAR CANTÚ siguiendo la gran edición en folio de la imprenta Real de Milán, con las adiciones de la primera reimpresión y posteriores y confrontada con los originales manuscritos del autor. Versión en castellano de PASCUAL VINCENT, Madrid, 1879. Recomiendo la lectura de la edición latinoamericana *De los delitos y de las penas*, del profesor NÓDIER AGUDELO B., Bogotá, Edit. Temis, 2003, de gran valor.

sultado no la voz constante y fija de la ley, sino la errante inestabilidad de las interpretaciones".

La ideología: que no haya interpretaciones del juez, porque hay arbitrariedad y viene el imperio y el encasillamiento: "En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto: la mayor debe ser la ley general; la menor, la acción conforme o no a la ley; la consecuencia, la libertad o la pena".

Capítulo VII

LA LÓGICA FORMAL Y LA LÓGICA DIALÉCTICA

En este capítulo pretendemos reafirmar que en la etapa de descubrimiento de la decisión judicial se emplea la lógica dialéctica. Ya para la última parte de la decisión, que no implica descubrimiento, empleamos seguramente la lógica formal —el silogismo—.

Haremos una cita ciertamente extensa, pero absolutamente necesaria, de Elí de Gortari:

"En la lógica, al igual que en cualquiera otra ciencia, es posible hacer abstracciones. La abstracción consiste en considerar un proceso desde un punto de vista único, prescindiendo de todas las demás propiedades de su existencia. Por lo tanto, abstraer es aislar y destacar una propiedad respecto de otras. La abstracción permite, entonces, concentrar el estudio en una propiedad concreta, o en unas cuantas propiedades concretas, sin ocuparse de las otras. Pero, por supuesto, la abstracción no significa que se consideren inexistentes las otras propiedades, sino simple y llanamente que no se las toma en cuenta. Así, por ejemplo en la cinemática se estudian las propiedades de los diversos movimientos ejecutados por los cuerpos, concentrando la atención en las trayectorias que describen y el tiempo que emplean en recorrerlas, pero sin tomar en cuenta las fuerzas que producen dichos movimientos, o sea, haciendo abstracción de estas. Pues bien, de un modo análogo, en la lógica es posible estudiar aisladamente los elementos del pensamiento, incluyendo sus relaciones y las operaciones que se pueden ejecutar con ellos, haciendo abstracción de su desarrollo y sus transformaciones. La disciplina que se encarga de dicho estudio es la lógica formal.

"La lógica formal es la ciencia que estudia las modalidades del pensamiento correcto, en las cuales se reflejan las relaciones más simples que existen entre los procesos. Debido a que la lógica formal hace abstracción del desarrollo y de las transformaciones que sufren los procesos, estos son considerados únicamente en sus aspectos relativamente estables. En consecuencia, los procesos quedan representados formalmente como objetos, es decir sin tener en cuenta sus cambios y sus transmutaciones. Por tanto,

el dominio de la lógica formal consiste en el conocimiento de las operaciones que se ejecutan en las formas racionales a que son reducidos los objetos y las relaciones entre los objetos. De esa manera, la lógica formal nos enseña cómo se utilizan los conceptos, los juicios y las inferencias para pensar de un modo ordenado, preciso, coherente, consecuente y riguroso.

"Pensar correctamente, esto es, conforme a las reglas formales de la lógica, es algo enteramente análogo al hecho de hablar y escribir correctamente, es decir, de acuerdo con las reglas gramaticales del lenguaje que nos sirve como medio de expresión.

"Si no se cumplen las reglas formales de la lógica, no se puede razonar correctamente, o sea, con discernimiento y claridad. Pero el pensar correctamente no conduce a resultados verdaderos, sino solamente posibles. Por eso la lógica formal es una parte necesaria, pero no suficiente, del proceso de la adquisición del conocimiento. En todo caso, los resultados obtenidos en un razonamiento formalmente correcto tienen que ser sometidos a la prueba del experimento para ser comprobados, modificados o refutados conforme a los hechos. Así, la demostración racional, que constituye la prueba de la corrección lógica del pensamiento, prepara el descubrimiento de la verdad y la transformación del razonamiento correcto en verdadero, mediante su comprobación experimental.

"La lógica dialéctica es la ciencia que estudia el conocimiento científico en su integridad, en su desarrollo evolutivo y en el desenvolvimiento del pensamiento que lo refleja. Como consecuencia de este estudio, la lógica dialéctica afina y aumenta nuestra capacidad de lograr una comprensión más profunda y clara de la realidad existente. La lógica dialéctica expresa el contenido del conocimiento científico y comunica ese contenido al pensamiento.

"Nuestro entendimiento, que procede de una manera dialéctica, crea los conceptos como imágenes mentales de los procesos, de sus propiedades y de su evolución. Luego, dichos conceptos son ordenados, agrupados y vinculados de otra manera de acuerdo con su contenido. Como consecuencia de esta reflexión activa e imaginativa, se formulan los juicios, se realizan inferencias y se ejecutan otras operaciones lógicas. Los resultados obtenidos de ese modo se someten a la doble prueba de su demostración racional y su comprobación en el experimento. Una vez que los conceptos y sus relaciones han quedado determinados por el entendimiento dialéctico, son convertidos por medio de una abstracción, en formas y operaciones entre formas. También se establecen así las reglas de operación y las pautas para ejecutarlas. Entonces y solamente entonces, es cuando es po-

sible la ejecución de las operaciones de la lógica formal, ajustándose siempre a los esquemas y reglas construidos por la lógica dialéctica.

"En [...] las operaciones formales, los elementos del pensamiento son manejados como formas, sin analizar su contenido. La función de la lógica formal consiste en hacer cálculos con dichas formas, tratándolas como elementos invariantes e indivisos. Pero los resultados obtenidos de esa manera tienen que ser interpretados dialécticamente, porque el pensamiento formal, cuando está desprovisto de la actividad reflexiva del entendimiento dialéctico, se vuelve ambiguo e incierto. También es necesario señalar que el entendimiento dialéctico, cuando no se conjuga con el razonamiento y no utiliza sistemáticamente sus resultados para su propio desarrollo, se vuelve dogmático. Por lo demás, como consecuencia de la evolución continua de los conceptos y de sus relaciones, el pensamiento dialéctico modifica las formas y cambia los esquemas operativos, que luego son aplicados formalmente. En fin, como la lógica dialéctica estudia las leyes del pensamiento, las del conocimiento y las de la existencia objetiva, lo mismo que las interrelaciones entre unas y otras, resulta que la lógica formal es un caso particular y limitado de la lógica dialéctica"[1].

El juez, cuando razona para descubrir la solución, lo hace utilizando la lógica dialéctica. No es más que observar en el ejemplo que hemos venido utilizando, lo siguiente:

"La muerte se produjo, sin duda, debido a la falta de tratamiento oportuno de la patología presentada, lo que, a su vez, tuvo por causa el no esclarecimiento a tiempo del diagnóstico. Así las cosas, es necesario establecer si de este hecho son responsables las entidades demandadas, esto es, si el daño causado resulta imputable a ellas y tiene carácter antijurídico.

"En lo que se refiere a la UIS, se debe aclarar, en primer lugar, que si bien los servicios que debía ofrecer la Sección de Servicio Médico Odontológico de Bienestar Universitario se encontraban muy limitados desde hacía varios años e inclusive algunos inicialmente ofrecidos habían sido eliminados, la atención y la valoración requeridas por *x* (el estudiante muerto), para efectos de determinar el diagnóstico, podían hacerse perfectamente con los recursos humanos y físicos con que contaba dicha sección".

Y sigue haciendo juicios dialécticos el Consejo de Estado, relacionando que había pocos servicios —lo ya descubierto—, con cita de autores de medicina, para seguirle abriendo paso el pensamiento que se muestra insatisfecho y agrega:

[1] ELÍ DE GORTARI, *Introducción a la lógica dialéctica*, México, Tratados y Manuales Grijalbo, págs. 26 y 27.

"Al respecto es pertinente citar algunas afirmaciones hechas por un reconocido doctrinante de la medicina:

"El cuadro clínico generalmente denominado *abdomen agudo* plantea muchos problemas.

"El dolor abdominal agudo requiere rápida investigación y muchas veces crea dificultades diagnósticas al médico. En la mayor parte de pacientes puede lograrse un buen diagnóstico mediante la historia clínica y el examen físico completado con unas pocas pruebas de laboratorio.

"El objetivo del médico ante un paciente abdominal agudo es alcanzar un diagnóstico temprano y preciso de manera que pueda establecerse rápidamente el tratamiento. A veces unos minutos pueden tener valor crítico.

"Puede lograrse el diagnóstico en la mayor parte de pacientes con problemas abdominales agudos después de tomar la historia clínica, proceder al examen físico y efectuar recuento de sangre y análisis de orina".

Y sigue en esa labor dialéctica hasta llegar a establecer la responsabilidad.

Capítulo VIII

EL MÉTODO DEDUCTIVO Y EL MÉTODO INDUCTIVO

Aquí queremos acercarnos mucho más al método inductivo-deductivo, para mostrar que en la etapa de descubrimiento, sobre todo en lo referente a los hechos, no empleamos el método deductivo. En lo tocante al tema que nos ocupa —las pruebas de oficio—, en ese recorrido de búsqueda de la verdad con el método inductivo surgen los vacíos y necesidades probatorias.

Tradicionalmente se ha dicho que la deducción es un proceso lógico por el cual, partiendo de uno o más juicios que expresan *conocimientos ya adquiridos* o por lo menos postulados, se deriva otro juicio en que se expone un conocimiento menos general o, lo que es lo mismo, particularizado e implicado en los antecedentes. A los juicios que hacen el papel de condiciones se les denomina premisas, al resultado o juicio se le llama conclusión y la operación en conjunto se le conoce con el nombre de deducción[1].

Miremos mucho más de cerca este planteamiento —debe ser captado como si se tratara de una miniatura—: las conclusiones deductivas son tautológicas, ya que solo "comprenden la información que viene expresada en las premisas, y las conclusiones inductivas son probabilísticas, ya que van más allá de dicha evidencia"[2].

"El conocimiento adquirido por la experimentación es, en parte, la descripción de lo que se ha observado y, en parte, es aquello que se infiere de la experiencia pasada para predecir la experiencia futura." *Este último aspecto de la adquisición del conocimiento constituye la inducción*[3].

[1] Elí de Gortari, *op. cit.*, pág. 179.

[2] María José González Labra, *Introducción a la psicología del pensamiento*, Madrid, Edit. Trotta, 1998, pág. 85.

[3] Elí de Gortari, *op. cit.*, pág. 246: "Por inducción es que el botánico adquiere la certeza de que la planta que se desarrolle de una semilla de mostaza tendrá flores amarillas con cuatro estambres largos y dos cortos, y con cuatro pétalos y cuatro sépalos. También las predicciones de los observatorios astronómicos acerca de las posiciones de los astros, lo mismo que la estimación de la potencia útil de una nueva dínamo, las con-

En la inferencia deductiva se tienen solamente tres alternativas posibles: la certeza, la falsedad o la imposibilidad de obtener una conclusión válida. En cambio, por medio de la inducción, esta última alternativa se transforma en posibilidad, se desarrolla como tal y ofrece todos los grados de la probabilidad, que tiene como casos extremos a la certeza y la falsedad[4]. Se ha dicho: "como los argumentos inductivos son probables, existe el riesgo de alcanzar una conclusión falsa, pero en contrapartida ofrecen la enorme ventaja de permitir descubrir y predecir nueva información en función de la información conocida"[5].

Se puede afirmar que la inducción permite descubrir, mientras que la deducción permite demostrar. La inducción permite muchas posibilidades y por ello la lógica inductiva se centra en el estudio de pruebas para medir la probabilidad inductiva de los argumentos y en las reglas para construir argumentos inductivos fuertes. Concentrémonos en el ejemplo que hemos venido trabajando:

Frente al diagnóstico de la apendicitis que sufría el estudiante, se tienen dos posibilidades:

✓ Era imposible hacerlo por tener el estudiante apéndice retrocecal y por haber asistido tardíamente a la consulta.

✓ Era posible hacer el diagnóstico.

Recurrimos a las pruebas para darle fuerza a una de las dos posibilidades que se han planteado, y encontramos que en la historia clínica aparece que en el primer diagnóstico médico que la realizó se pregunta si se trata de apendicitis.

Entonces sí era posible el diagnóstico, y descubrimos lo que ya hemos afirmado: "que la institución no utilizó los medios para esclarecer con seriedad el diagnóstico inicial".

El Consejo de Estado empleó el método inductivo para descubrir la verdad. Y como siempre que hablamos de método inductivo hay perplejidades, dudas, vacíos, incógnitas, se plantean necesidades cognoscitivas a las que el pensamiento no puede renunciar, porque implican dolor, casi como el físico. En esa tónica surge la necesidad de las pruebas de oficio.

---

clusiones acerca de la efectividad de una medicina y sobre le eficacia de alguna medida integrante de una política económica, son inferencias inducidas de la experiencia adquirida".

[4] ELÍ DE GORTARI, *op. cit.*, pág. 246.

[5] JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ LABRA, *op. cit.*, pág. 98.

Capítulo IX

LA ORDENANZA PROCESAL CIVIL AUSTRIACA DE FRANZ KLEIN

Vistas las razones por las que defendemos el decreto oficioso de pruebas, en este capítulo estudiaremos la Ordenanza Procesal Civil austriaca, mediante la cual se consagraron por primera vez las facultades oficiosas del juez en materia probatoria.

A) *La ZPO austriaca*

Antes de la expedición de la ZPO —actual Ordenanza Procesal Civil austriaca promulgada en 1895—, el procedimiento civil austriaco fue regulado aproximadamente durante un siglo por el Reglamento Judicial Civil expedido por José II hacia 1781; sin embargo, dado que el inicio del proceso de codificación procesal alemán intensificó sus críticas, fue radicalmente reformado en 1895.

En cuanto al desenvolvimiento de las discusiones sobre el régimen procesal civil durante el período comprendido entre el inicio de las mencionadas críticas y la expedición de la ZPO, Tarello comenta:

"Las críticas más antiguas, estaban referidas sobre todo a la complejidad del proceso, pero no mostraban verdaderas alternativas en lo concerniente a los principios inspiradores del procedimiento, y es a la luz de estas críticas puramente marginales y exteriores que fue interpretada hacia 1860, por una Comisión constituida para la redacción de un nuevo Reglamento. (...)

"Después de 1860, y en especial, después de 1870 las críticas al ya vetusto Reglamento, quizá provenientes también de los puestos burocráticos, comenzaron a revelar novedades, al dirigirse también a los principios inspiradores de la organización del proceso; estas críticas, y las nuevas orientaciones tomadas por las Comisiones oficiales de estudio, fueron interpretadas a la luz de un verdadero movimiento de opinión entre los expertos, a favor del modelo francés y especialmente del nuevo modelo ger-

mánico-hannoveriano; en cualquier caso, se trataba de un movimiento inspirado en concepciones del proceso civil de tinte claramente liberal.

"En 1873 el Ministro de Justicia austriaco Glaser (quien era también un ilustre jurista) presentó proyectos dirigidos a «simplificar» el procedimiento, y concordantes en torno a la admisión de una discusión «oral y pública»; basados en los cuales, una ley de 16 de mayo de 1874 introdujo «provisionalmente» una pequeña reforma, y mientras tanto se siguió hablando de una «gran» reforma —lo que continuó hasta la época de KLEIN—"[1].

Así entonces, desde 1874 fueron numerosos los intentos de reforma procesal en el imperio austro-húngaro; sin embargo, tal anhelo no se concretó hasta 1895, gracias a la labor efectuada por el entonces ministro de justicia FRANZ KLEIN, que de manera personal redactó la actual ordenanza procesal civil austriaca.

Tal codificación acoge como principios la oralidad, la inmediación, la dirección del proceso por el juez (tanto en lo concerniente a la instrucción, como en lo referido a la ordenación del debate), con lo que marca hito en la historia de la ciencia y técnica procesales, al liberarse del formalista proceso común, que los ordenamientos europeos aun seguían.

En cuanto a la labor crítica realizada de manera previa a la adopción de la ZPO, es de indudable ayuda el estudio hecho por VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN —uno de los más detallados escritos en lengua hispana— que sintetizando los *Materialen zu den neuen österreichischen Civilprocessgesetzen*[2], relata paso a paso los trabajos preparatorios de la ZPO y evidencia lo meticuloso del examen realizado al proyecto.

Refiere esta investigación que antes de su sometimiento a la Cámara, el proyecto de KLEIN fue puesto a consideración de un comité integrado por destacados juristas austriacos, cuyas reformas fueron apenas superficiales; posteriormente, fue presentado a la Cámara Baja como proyecto estatal, para cuyo examen se nombró una comisión permanente.

El resultado de los estudios realizados por esta comisión fue altamente elogioso para el proyecto, que después de estudiarlo y debatirlo ampliamente junto con la Cámara Baja y con la Comisión nombrada por la Cámara Alta e intercambiar las enmiendas propuestas, fue aprobado tanto por la Cámara Alta —el 14 de junio de 1895—, como por la Baja —el 18 de

[1] GIOVANNI TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, Società Editrice Il Mulino, 1976, págs. 506 y ss.

[2] Mediante tal obra, el Real e Imperial Ministerio de Justicia austriaco publica pormenorizadamente cada uno de los estudios que precedieron la adopción de la ZPO.

junio—, y habiendo sido sancionado el 1° de agosto de 1895, entró en vigencia el 1° de enero de 1898.

Su adopción fue a tal punto exitosa que aun se encuentra vigente, y parte de esto se debe a que durante este último lapso —técnicamente denominado *vacatio legis*[3]—, se distribuyeron "instructivos, circulares e incluso formularios"[4], que les facilitaron su comprensión y aplicación a abogados, jueces, etc.

B) *Contexto histórico*

Puesto que, como ya se mencionó, la *Zivilprozessordnung* fue expedida en 1895, es decir, durante la vigencia del compromiso mediante el que Austria y Hungría se organizaron como monarquía dual y formaron un nuevo Estado denominado Austria-Hungría —también conocido como imperio austro-húngaro—, resulta importante tener presente el contexto histórico existente; sin embargo, nos limitaremos a examinar en detalle las condiciones de tal compromiso y la situación política interna durante 1880 y 1890, puesto que una minuciosa mención de los eventos sucedidos entre 1867 y 1918[5] resulta innecesaria para los propósitos de nuestro estudio.

Recordemos que este nuevo Estado nació en 1867 por el compromiso establecido entre el emperador Francisco José y el canciller húngaro Gyula Andrássy. Mediante el compromiso se acordó tratar como asuntos comunes los referidos al soberano —Emperador de Austria y rey de Hungría—, al ejército, a las finanzas y a la política exterior; a cambio Hungría recibió completa autonomía en el interior y un ministerio responsable.

Y si bien es cierto este sistema de monarquía dual tuvo como principal ventaja la construcción de una fuerte armada en el Adriático para fre-

[3] Este período es usualmente empleado para difundir el conocimiento del nuevo código entre los llamados a aplicarlo y disipar las dudas que su manejo pueda suscitarles, y de este modo eliminar resistencias infundadas, según lo comenta NICETO ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO en *Bases de trabajo para redactar el articulado del proyecto de Código Procesal Civil costarricense*.

[4] NICETO ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, "Bases de trabajo para redactar el articulado del proyecto de Código Procesal Civil costarricense", en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 4, 1977.

[5] Este período corresponde a la existencia del imperio austro-húngaro, cuyo fin fue determinado por la gravísima situación en que se vio el imperio a causa de la escasez de alimentos generada por el devastamiento de grandes zonas agrícolas durante la primera guerra mundial, que en últimas llevó a Hungría a separarse de Austria poco tiempo después de la firma del armisticio a que se vio forzado el imperio (3 noviembre 1918).

nar los deseos de expansión de sus enemigos, las diferencias entre Austria y Hungría siempre mantuvieron separadas a las dos partes del imperio, puesto que mientras Austria experimentaba una fuerte industrialización y un auge de las clases mercantil, comerciante e industrial, Hungría mantenía una economía esencialmente agrícola, y la participación de cada una de ellas en el presupuesto generó frecuentes discusiones.

Ahora bien, prescindiendo de detallar las numerosas vicisitudes políticas —principalmente exteriores— por las que atravesó Austria-Hungría, el examen de la situación política interior entre 1880 y 1890 nos muestra la creciente influencia de tendencias democráticas, pues durante este período se registró un fortalecimiento del partido socialista cristiano, cuyas directrices políticas —basadas en la lucha contra el capitalismo judío, en el logro de mayor democracia política y en la consecución de mejor legislación social y justicia para las nacionalidades sometidas a Austria— tuvieron gran acogida. Gracias a la presión de este partido, se creó una legislación obrera que regulaba la limitación de la jornada laboral, el seguro de invalidez, enfermedad, etc.; y aunque limitada, fue eficaz. Además, se logró mayor democratización del sufragio, pues hizo disminuir de 10 a 5 florines la cantidad exigida para tener derecho al voto; esto les permitió el acceso a la política a parte del campesinado y a los pequeños burgueses.

Posteriormente, y como consecuencia de innumerables tensiones políticas, se presentó un período de efímeros ministerios, hasta la formación del gobierno presidido por Casimir Badeni, cuya principal victoria fue la reforma electoral de 1897. Mediante esta, si bien no se establecía el sufragio universal, sí se elevó a más del triple el número de electores parlamentarios en Austria.

C) *Fuentes de la ZPO austriaca*

Una vez examinado el contexto histórico y político austriaco a finales del siglo XIX, hemos de examinar las fuentes que, según la doctrina, inspiraron a FRANZ KLEIN en la redacción de la ZPO.

Para algunos, tal se inspiró en el Reglamento Judicial de José II (*Civilgerichtsordnung*), promulgado en 1781 —considerado por algún sector de la doctrina como el "modelo procesal del despotismo ilustrado"[6] —. Parte de su importancia radica en haberles dado a las provincias austriacas un procedimiento civil uniforme, pues incluso después de la reforma judicial realizada por María Teresa existían notorias diferencias de procedimiento, según las provincias, los tribunales, las materias y las partes.

[6] GIOVANNI TARELLO, *op. cit.*

Sobre las características de tal reglamento, TARELLO precisa:

"a. Atribuía a los jueces una jurisdicción voluntaria amplísima (...)

"b. Sometía la demanda judicial a la previa aprobación del juez, sin la cual a la demanda no se le daba curso; regla esta que evidencia la concepción según la cual la tutela judicial es una concesión, una gracia por parte del soberano, y no la tutela de un derecho subjetivo: el resultado de la regla es que el dominio del proceso por parte del juez se verifica a partir de la presentación de la demanda.

"c. Solicitaba a los jueces, en diversos casos y momentos del *iter* del proceso, obrar de oficio, sin demanda de parte, concediendo al juez lo que los antiguos tratadistas llamaban poder de "espontaneidad": esta regla expresa una concepción opuesta al principio dispositivo, que a su vez se relaciona con la idea según la cual del *dominus* del derecho es el único que tiene el poder y la carga de administrar la *actio*.

"d. Confiaba al juez desde el primer momento toda la dirección del proceso, otorgándole al juez el dominio de los tiempos de la actividad procesal; regla con la cual se expresaba sobre todo la concepción burocrático-administrativa de la justicia, y una reacción al proceso de derecho común en el cual el juez tenía poderes de dilación pero no de impulso y dirección.

"e. *Mantenía un procedimiento totalmente escrito*"[7].

Para otros, tuvo su fuente en la Ordenanza Procesal Civil Alemana de 1877; y para algunos, en ambas[8]. Sin embargo, consideramos, junto a FAIRÉN GUILLÉN[9], que el testimonio más fidedigno en torno a este punto es sin duda alguna el del mismo KLEIN, que en sus *Erläuternde Bemerkungen* afirma haber tomado como inspiración y modelo la *StPO* (*Strafprozessordung*) alemana de 1877, particularmente en lo referido a la dirección del proceso por el juez.

Esta afirmación se ve corroborada al examinar lo establecido en la *Strafprozessordung* (Ley Procesal Penal Alemana) de 1877, que se encuentra vigente con el texto de 7 de enero de 1975. Tal consagra los principios

[7] GIOVANNI TARELLO, *op. cit.*

[8] En este sentido véase GOLDSCHMIDT, que al respecto comentó: "La Ordenanza o Código procesal civil austriaco (...) está asentado sobre una base social-política y es, en lo esencial, una original creación de FRANZ KLEIN, que no por ello dejó de tener en cuenta instituciones jurídicas de la antigua Austria, ni de inspirarse frecuentemente en disposiciones de la ZPO alemana". (*Derecho procesal civil*, Barcelona, Edit. Labor, 1936, págs. 40 y ss.).

[9] VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN, *Estudios de derecho procesal*, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1955, págs. 301 y ss.

de instrucción, de investigación y de la verdad material, en cuya virtud el Tribunal debe buscar y hallar la verdad material, sin que basten las afirmaciones y solicitudes que tanto el Fiscal como el acusado le hayan podido presentar[10].

Tal codificación establece:

"*§ 155. Extensión de la investigación.* La investigación y la resolución se extenderán solo al hecho mencionado en la acción, y a las personas inculpadas por la acción.

"Dentro de estos límites, estarán autorizados y obligados los tribunales a una actividad independiente; en especial, no quedarán vinculados en la aplicación de la ley penal a las solicitudes interpuestas.

"*§ 244. Práctica de las pruebas.* Después del interrogatorio del acusado tendrá lugar la práctica de pruebas.

"El Tribunal extenderá de oficio, con el fin de indagar la verdad, la práctica de pruebas a todos los hechos y medios de prueba que fueran de importancia para la resolución".

D) *Características del proceso consagrado en la Zivilprocessordnung*

Siguiendo lo expuesto por Goldschmidt[11], veamos algunos elementos característicos del proceso civil austriaco, que son la materialización de los principios atrás enunciados:

"Las citaciones y notificaciones tienen lugar de oficio (iniciativa oficial);

"Los señalamientos de los debates corresponden al Tribunal, y siempre se llevan a efecto de oficio (§ 130).

"Los litigantes actúan ante el Tribunal de modo oral y público (§176, §171), y las alegaciones de ambas partes que se refieran a la cuestión en debate se recogen concisamente en el acta de los debates (§209) (cosa muy importante, ya que está prohibido todo género de modificaciones en instancias posteriores).

"La reunión de los elementos de juicio se obtiene por la colaboración del juez con las partes, gracias a una feliz fusión del principio dispositivo y el oficial o inquisitivo. Cada una de las partes tiene la obligación de

[10] Juan Luis Gómez Colomer, *El proceso penal alemán*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1985.

[11] James Goldschmidt, *Derecho procesal civil*, Barcelona, Edit. Labor, 1936, págs. 40 y ss.

determinar total y exactamente en sus alegaciones, conforme a la verdad, las más significadas circunstancias de hecho, ofreciendo al propio tiempo las pruebas necesarias para la comprobación de sus datos (imperativo de totalidad y obligación de veracidad, §178).

"La alegación falsa hecha por una parte no lleva consigo sanción penal, como si se tratara de la emisión de un juramento falso (§377, ap. 3), pero de acuerdo con lo determinado en la ley puede ser castigada en calidad de engaño.

"El Tribunal ha de procurar que las alegaciones de hecho que puedan ser importantes para el fallo sean formuladas o completadas por las partes, y que se propongan los medios de prueba necesarios (§182), ya requiriendo a la parte para una comparecencia personal (la cual, excepto en casos de nulidad o disolución de matrimonio, no es obligatoria), ya aportando el mismo pruebas de oficio, excepto cuando se trate de documentos, en cuyo caso solamente podrá aportarlos el Tribunal si alguna de las partes se apoyare en ellos. Tanto la aportación de documentos como la citación de testigos no se lleva a efecto cuando en este sentido se manifieste la opinión de ambas partes (§183).

"La inspección ocular, el dictamen de peritos y la interrogación de las partes son medios de prueba que pueden ser decretados de oficio, sin petición de parte.

"En el procedimiento ante los Tribunales de distrito, si el caso lo requiere, el Tribunal está obligado a orientar y a auxiliar a las partes no peritas en Derecho y no representadas por abogado.

"La ley concede especial importancia a la inmediación: la recepción de prueba solo puede hacerse por el Tribunal que conozca del negocio (§276), y se prohíbe que las contestaciones de los testigos se formulen por escrito.

"Solamente es admisible el recibimiento de prueba realizado indirectamente por un juez requerido para ello (y en otro caso se incurre en una falta procesal) o a quien la Sala, en caso excepcional, lo encomienda expresamente, cuando la recepción de la prueba «ante el Tribunal competente hubiere de encontrar insuperables dificultades o de ocasionar gastos desmesuradamente elevados» (§§300, 328, 352, 368); en el último caso, pueden citarse también ante el Tribunal competente los testigos sobre los que una parte haya manifestado ya su propósito de sufragar el mayor gasto que ello produzca.

"Constituye otra excepción la posibilidad de dar por finalizados los debates antes de conocerse el resultado de las pruebas encargadas por exhor-

to si no fuera necesario que las partes debatan sobre el mismo; en tal caso, la sentencia se puede dictar, sin nueva vista, tan pronto se reciban las diligencias del juez comisario (§ 193,3).

"Solamente pueden votar la sentencia los jueces que hayan participado en los debates orales que le sirven de base; en el caso de cambio de juez, han de reproducirse los debates aunque utilizando la demanda, el acta y los escritos del recibimiento a prueba (§ 412).

"Representa un quebrantamiento del principio de inmediación, con vistas a la concentración del procedimiento, el procedimiento preparatorio, que puede ser decretado por el Tribunal colegiado y encomendado a un magistrado del mismo (§§ 245 y ss. y 440) en los procesos en los que los hechos o las pruebas ofrezcan complicaciones. No se decreta muy frecuentemente, y sus resultados, a saber, aclaración de la cuestión de hecho y recibimiento de las pruebas inadecuadas para ser recibidas en el debate oral, son formuladas por un magistrado de la Sala al conocer el Tribunal del asunto (§ 262). Este procedimiento no se aplica en los procesos promovidos ante un juez único (cfs. Sin embargo, el § 440).

"El Código contiene una serie de disposiciones encaminadas a conseguir concentración y rapidez: las partes no pueden, por mutuo acuerdo, ampliar los términos ni diferir los señalamientos, siendo necesario para conseguir esto la existencia de «causa grave» (§§ 128, 134).

"Cuando ninguna de ambas partes comparece en el término señalado, el procedimiento se suspende, en cuyo caso, igual que cuando la suspensión hubiese sido decretada por el Tribunal en vista de acuerdo de las partes, no se puede llevar el negocio a nueva vista antes de tres meses, con lo que se trata de impedir el fraude del precepto prohibitivo de aplazamientos convenidos.

"Las partes pueden traer al juicio hechos nuevos, hasta el momento de la terminación del debate oral, pero el Tribunal puede declarar improcedente la aportación de nuevas alegaciones y medios de prueba, ya de oficio, ya a instancia de parte, cuando esta aportación se realizase con propósitos de retardar la solución del asunto, y su admisión entorpeciera notablemente la resolución del proceso (§§ 179, 181, 275, 278).

"Los mayores gastos que las alegaciones tardíamente hechas ocasionen, se imponen, de oficio o a instancia de parte, a la culpable, independientemente del fallo final (§ 48).

"Cuando se oponen obstáculos a la recepción de pruebas, se señala un plazo en el auto de recibimiento, a instancia de parte, pasado el cual, si una

de las partes lo solicita, se continúa el procedimiento sin tener en consideración la prueba no recibida (§§279, 335, 531).

"El principio de eventualidad solo rige en circunstancias excepcionales, por ejemplo, en el procedimiento monitorio, en los de embargo y en el cambiario (controvertido en alguno de ellos) y en el procedimiento ejecutivo para las excepciones contra el título ejecutivo y contra la concesión de la ejecución.

"La apelación limitada representa la más fuerte coacción a favor de la concentración del procedimiento en la primera instancia".

E) *Su influencia*

En torno a este punto, es suficiente mencionar lo sostenido por FAIRÉN GUILLÉN:

"La enorme influencia que la ZPO austriaca ha tenido fuera de los límites de su patria, nos habla de la bondad de sus principios técnicos; primero fue el Código procesal civil húngaro de 1911; la desmembración del Imperio austriaco en 1918 no dejó de hacer que esta influencia creciera; así, las Leyes procesales civiles de Polonia (ZPO de 1930, en su redacción de 1° de diciembre de 1932), de Yugoslavia (Código de 1929), de Checoslovaquia —rigiendo hasta hace relativamente poco el Derecho austriaco y húngaro—, de Dinamarca (Ley de 1916), de Noruega (ZPO de 1915) y últimamente de Suecia (Ley Procesal de 1942), son hijas de la ZPO austriaca. Es de notar la influencia de la ZPO austriaca en una Ley procesal como la sueca, promulgada cuarenta y seis años después de aquella. Por SCHÖNKE se hace constar como era estudiada la ZPO austriaca en los trabajos de preparación del Código procesal brasileño de 1939, así como el proyecto italiano"[12].

F) *El pensamiento de Franz Klein*

Adquiridos los elementos de juicio provenientes del examen de los principios consagrados en la codificación en comento, la influencia de esta y el momento histórico de su expedición, resulta conveniente analizar que tipo de doctrina o ideario subyace a su consagración.

En torno a este punto, pueden apreciarse dos grandes tendencias doctrinarias: quienes consideran que el proceso de KLEIN se estructura sobre la idea de que el proceso es un mal social y que, adicionalmente, su lentitud

[12] VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN, *op. cit.*, 1955, págs. 301 y ss.

afecta la economía nacional[13]; y quienes afirman que el proceso diseñado por KLEIN fue concebido como "una «institución de beneficencia», con la idea directriz por esta causa de la sencillez, la rapidez y la franca lucha contra la premiosidad procesal"[14]. Coincidimos en esta apreciación, que se ve afianzada en la investigación realizada por FAIRÉN GUILLÉN. Este, al exponer la forma en que las disposiciones de la ZPO reflejan el pensamiento de FRANZ KLEIN, anota en primer lugar, que el ministro austriaco hizo depender las formas del proceso de su viabilidad y de su adecuación (rapidez), al considerar estos últimos como principios generales que deben estructurar el procedimiento.

Advierte, además, que si KLEIN se mostraba decidido partidario del principio de la oralidad, no lo era sin fundamento alguno, sino porque la consideraba necesaria para obtener la inmediación. No obstante, no debe pensarse que rendía culto a la oralidad; todo lo contrario: consideraba que esta debía desaparecer cuando sus ventajas se viesen superadas por los inconvenientes que pudiera representar ante una buena resolución del litigio. Así, por ejemplo, entendía como aventurado y desventajoso acudir al debate de apelación sin haber presentado previamente escritos fundados; esta apreciación evidencia cómo KLEIN sometió la oralidad a la necesidad de que fuese adecuada al proceso y sus fines.

Resalta que para conseguir la adecuación del proceso a sus fines, KLEIN consideró que este debía ser sencillo y cómodo —entendiendo la economía como faceta de la comodidad—; en consecuencia, determinó que habrían de eliminarse las formalidades superfluas y conservarse solamente las precisas. Adicionalmente, y también orientado a materializar el principio de rapidez (adecuación) del procedimiento, estatuyó la necesidad de aportar el material instructorio, y en especial los medios de prueba, lo más rápidamente posible. Sobre estas disposiciones —y no sin razón— comenta FAIRÉN GUILLÉN: "es evidentemente acertado el pensamiento de KLEIN de que la sencillez y rapidez del procedimiento van unidas; lo sencillo es rápido"[15].

Comenta que, al entenderlo favorable para las partes, KLEIN estableció una restricción al principio dispositivo al estatuir en su proyecto un sis-

[13] En este sentido véase FRANCO CIPRIANI, "En el centenario del reglamento de KLEIN. El proceso civil entre libertad y autoridad", en *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, núm. 27, 2001; y *Le basi del diritto processuale civile austriaco de Sprung* (citado por CIPRIANI).

[14] JAMES GOLDSCHMIDT, *op. cit.*

[15] VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN, *op. cit.*

tema para evitar las prórrogas de plazos y las suspensiones por acuerdo de las partes; lo permite solo en caso de demostrarse que existe para una de ellas la imposibilidad de llevar a cabo temporáneamente la actividad procesal de que se trate; y previene además, que los acuerdos de las partes en tal materia no vinculan al tribunal.

Sin embargo, la innovación más importante de la ZPO fue, sin duda alguna, el haber consagrado y dado plena validez al principio de dirección del proceso por el juez, punto este que también refleja el pensamiento de KLEIN que "actuó influido por las desventajas que mostraba el principio de dirección de las partes; desventajas estas que pueden resumirse en la de que mediante el mismo se obtiene una justicia formal, que el juez debía hacer constar en su resolución, aunque estuviese convencido de que no correspondía a una verdadera justicia material"[16].

[16] VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN, *op. cit.*

Capítulo X

LA "RELAZIONE GRANDI" Y LA IDEOLOGÍA FASCISTA EN EL "CODICE DI PROCEDURA CIVILE ITALIANO" DE 1940

Dado que el *Codice di Procedura Civile italiano* de 1940, considerado por algún sector de la doctrina como autoritario y fascista, dota al juzgador de poderes inquisitivos en materia probatoria, se ha venido sosteniendo que las pruebas de oficio son ejemplo de la contaminación de la ideología fascista al código. En este capítulo examinaremos por qué no es posible afirmar que el decreto oficioso de pruebas es un aporte ideológico del fascismo, máxime si se tiene en cuenta que este no hizo ninguno al derecho procesal.

Los detractores del *Codice di Procedura Civile Italiano* de 1940, en un intento por desacreditar algunos de sus principios orientadores, lo han calificado de autoritario y fascista, basados casi exclusivamente en el texto de la exposición de motivos o *relazione ministeriale* presentada por el entonces Ministro de Justicia Dino Grandi[1] —más conocida como *Relazione Grandi*—, publicado como preámbulo del código en su edición oficial. Por esta razón, para determinar si lo expuesto en ella corresponde y refleja una contaminación real de la ideología fascista al código, o si por el contrario, no es más que el discurso propio de un ministro que busca mostrar el código como una obra de gobierno, y en este caso, de la ideología fascista, nos ocuparemos en su estudio a lo largo de este capítulo.

Para hacer esta indagación, antes de analizar aquellos apartes de la *Relazione Grandi* que por contener una afirmación ideológica resultan de nuestro interés, es de capital importancia examinar la significación social del fascismo mediante el contexto social e ideológico en que surgió y de sus características fundamentales, para así tomar estos aspectos como "viáti-

[1] Ernst Nolte, *El fascismo*, Barcelona, Luis de Caralt Editor, 1968. Menciona a Dino Grandi (nacido en 1895, como jefe de los fascistas de Bolonia), para decir que un pensamiento como el suyo es prueba de que "la mayor parte de sus —del fascismo— jóvenes dirigentes eran oficiales que habían estado en el frente y se hallaban plenamente convencidos de que prestaban con su acción un gran servicio a la patria".

cos", esto es, como pautas de interpretación en la lectura y análisis de la *Relazione*.

A) *El fascismo*

Acerca del fascismo, ha de precisarse entonces lo siguiente:

a) *Se trata de una dictadura conservadora.* En sentido estricto, el fascismo designa el régimen establecido en Italia de 1922 a 1945, basado en la existencia de un partido único —Partido Nacional Fascista[2]—, cuyas imitaciones llevaron a que el término adquiriese con el tiempo un sentido genérico y se refiriera entonces a todas aquellas dictaduras conservadoras surgidas entre las dos guerras, como contrapartida al surgimiento del socialismo y del comunismo.

El método empleado por este tipo de régimen consistió en "la utilización, en ciertas circunstancias propias de las sociedades capitalistas, de la técnica de tomar el poder por parte de una minoría activa y del concepto de sociedad unánime (concretado en un partido único), en beneficio de la clase dominante, temerosa de perder sus privilegios, pero no del conjunto de sus ciudadanos"[3].

b) *Surge por el temor que generaba el advenimiento del socialismo.* El surgimiento de este tipo de dictaduras es generado por el temor que el socialismo y el comunismo generan en la clase económicamente pudiente, cuyos privilegios ve amenazados; esta situación es descrita así por los estudiosos del tema: "En un país industrial, el capitalismo da la impresión de estar amenazado por el socialismo o el comunismo. Se cree que la revolución está próxima y que suprimirá la propiedad privada de los medios de producción. Esta impresión resulta de varios factores: poder de los partidos de izquierda y de los sindicatos obreros, agitación social más o menos violenta (huelgas con ocupación de fábricas en la Italia de los años 20), crisis económica grave que hace pensar que el capitalismo está condenado (Alemania de los años 30). El régimen de la democracia occidental, que goza de las preferencias de los capitalistas, les parece demasiado débil para protegerlos del peligro revolucionario. Se arrojan entonces en los brazos de un

[2] La denominación de "fascismo" se debe al emblema y al nombre adoptados por los grupos de acción que llevaron a cabo la Marcha sobre Roma: los fascios (*fasci di combattimento*). Etimológicamente proviene del vocablo latino "fascis", que en época romana designaba el haz que portaban los lictores que precedían a los cónsules.

[3] André Hauriou, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Barcelona, Edit. Ariel, 1980, pág. 898.

hombre fuerte, cuya dictadura les parece el único medio de conservar lo esencial del régimen existente"[4].

c) *La democracia no aparece como una alternativa viable, pues carece de la suficiente acogida popular.* Se ha sostenido que el fascismo nace en sociedades que tratan de practicar la democracia occidental, que no se halla, por decirlo de alguna manera, interiorizada y apoyada por el pueblo, en especial, por las clases medias; y tampoco es verdaderamente aceptada por las fuerzas encargadas del orden: ejército o policía. En Italia, por ejemplo, el sufragio universal había sido desconocido hasta pocos meses antes de la guerra de 1914[5].

d) *Apariencia de innovación, de revolución.* No cabe duda de que el fascismo se preocupa por adquirir carácter innovador, incluso revolucionario; para disfrazar su carácter conservador, tiende a mantener el orden capitalista, pero transformándolo, no en un sentido social en que sus reformas son tímidas o ilusorias, sino en sentido económico[6].

[4] MAURICE DUVERGER, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Edit. Ariel, 1970, pág. 514. Continúa diciendo el autor: "Este esquema precisa algunas observaciones. Ni en Italia, ni en Alemania, el miedo a la revolución estaba justificado en el momento de la toma del poder por el fascismo. Pero este miedo existía, y desempeñó efectivamente un gran papel, ayudando a la propaganda fascista. Por otra parte, esta propaganda estuvo sostenida por el «gran capital»: la acción de los industriales de Lombardía y de los grandes propietarios agrícolas de Emilia y de Toscana en Italia, fue fundamental. Pero está acción está condenada a la parálisis si no encuentra un terreno favorable. El descontento de las clases medias y del campesinado frente a una situación económica o política para ellos inquietante, es lo que las liga al «salvador» y provoca el advenimiento del fascismo. Las clases medias desempeñan en esta situación más bien el papel de engañadas. Favorecen el advenimiento del fascismo por una reacción «poujadista» dirigida contra las grandes empresas. Pero el fascismo tiende a dominarlas. Ahí se encuentra por otra parte, su principal carácter innovador".

[5] ANDRÉ HAURIOU, *op. cit.*, pág. 898. Agrega: "Por lo demás, ocurre con frecuencia que una crisis económica precipita los acontecimientos. En 1922, Italia, decepcionada por el poco provecho que había obtenido de su participación en la primera guerra mundial, al lado de los aliados, se encontraba, además, en plena crisis económica. En cuanto a Alemania, que había sufrido plenamente el latigazo de la crisis mundial de 1929, que tenía 6 millones de parados sobre una población trabajadora de 18 millones en el momento en que Hitler fue nombrado canciller. Sin la gran depresión de 1929, parece probable que el partido nacional-socialista no hubiera alcanzado jamás el poder".

[6] Sostiene DUVERGER: "El llamamiento a los obreros (partido «obrero» alemán nacionalsocialista) y la utilización de términos socialistas son, hasta cierto punto eficaces. Una parte de la clase obrera —especialmente en el «subproletariado»— se une, al menos al principio, al fascismo; a menudo forma los cuadros de las milicias; en Alemania de los años 30, estas reclutaron muchos parados. Así se comprende que los milicianos reclamen medidas efectivamente socialistas después de la toma del poder. Pero tanto en

e) *Se invoca una sociedad unánime frente a la amenaza del socialismo o del comunismo*[7].

Puestos de relieve tan importantes aspectos del régimen fascista, se puede afirmar como lo hace HOBSBAWM, que "no hubo una «revolución fascista» ni el fascismo fue la expresión del «capitalismo monopolista» o del gran capital"[8]. Se concluye entonces, que la revolución "fascista" era simple retórica, era más claramente un régimen que defendía los intereses de

---

Alemania como en Italia fueron reducidos a la impotencia, con diferentes grados de brutalidad. Pese a todo, el fascismo guarda una preocupación por las realizaciones sociales; y utiliza la mística sindicalista. Pero sus reformas no dejan de ser paternalistas, y los sindicatos sirven para encuadrar a los obreros y vigilarlos, más que para permitirles hacer valer sus reivindicaciones.

"Todo esto es solamente un disfraz y no da al fascismo un carácter realmente innovador. Tiende a mantener el orden capitalista, pero transformándolo, no en un sentido social —en el que sus reformas son tímidas o ilusorias— sino en su sentido económico. El encuadramiento, la organización, la disciplina, a través de una organización corporativa que limite la concurrencia y la sustituya por una racionalización bajo la autoridad de las grandes empresas modernas, corresponde a la estructura del neocapitalismo, mientras que el liberalismo económico de las democracias occidentales más bien corresponde a la competencia entre firmas individuales del primer capitalismo".

[7] ANDRÉ HAURIOU, *op. cit.*, pág. 899, y además agrega: "En tales circunstancias, la clase económicamente dominante teme perder el poder y, especialmente, se asusta ante la posibilidad de que sea implantada una sociedad socialista o comunista. El temor al socialismo lanzó en 1922 a los industriales del norte de Italia y a los grandes terratenientes del sur en brazos de MUSSOLINI. En Alemania, los recuerdos del *putsch* espartaquista inspirado por Rosa Luxemburgo y sus amigos en 1919 pesaron mucho cuando en 1931-1932 la gran industria alemana decidió apoyar a Hitler".

[8] ERIC HOBSBAWM, *Historia del siglo XX*, Barcelona, Edit. Grijalbo Mondadori, 1998, pág. 134. "Es necesario hacer una breve pausa para rechazar dos tesis igualmente incorrectas sobre el fascismo: la primera de ellas fascista, pero adoptada por muchos historiadores liberales, y la segunda sustentada por el marxismo soviético ortodoxo. No hubo una «revolución fascista», ni el fascismo fue la expresión del «capitalismo monopolista» o del gran capital. Los movimientos fascistas tenían los elementos característicos de los movimientos revolucionarios, en la medida que algunos de sus miembros preconizaban una transformación fundamental de la sociedad, frecuentemente con una tendencia con una marcada tendencia anticapitalista y antioligárquica. Sin embargo el fascismo revolucionario no tuvo ningún predicamento (pág. 134).

"El fascismo no «conquistó el poder» en ninguno de los dos estados fascistas, aunque en ambos recurrió frecuentemente a la retórica de «ocupar la calle» y «marchar sobre Roma». En los dos países, el fascismo accedió al poder con la connivencia del viejo régimen o (como en Italia) por iniciativa del mismo, esto por procedimientos «constitucionales»".

las viejas clases dirigentes, pues había surgido innegablemente frente a la real o potencial agitación revolucionaria posterior a 1918"[9].

B) *Análisis concreto de los planteamientos formulados en la "Relazione Grandi"*

Mediante la lectura cuidadosa de la *Relazione*, pondremos de manifiesto que, contrario a lo sostenido por el entonces ministro de Justicia en su *Relazione*, no es posible apreciar viso alguno de la ideología fascista en el *Codice di Procedura Civile* de 1940; máxime si se tiene en cuenta que el fascismo no realizó, ni podría haber realizado aporte ideológico alguno al derecho procesal (así fuera criticable), pues su discurso fue simple retórica, como ya se expuso.

Así entonces, a la luz de las premisas sentadas, examinaremos la *Relazione* presentada por GRANDI en la audiencia del 28 de octubre de 1940, para la aprobación del *Codice di Procedura Civile*, cuyo texto íntegro se encuentra anexo en esta publicación. Por esta razón nos limitaremos a resumir sus planteamientos siguiendo siempre su numeración original y comentando a renglón seguido aquellos apartes que contengan una aparente imputación ideológica.

a) *Planteamiento y evolución del problema de la reforma*

Bajo este título, se afirma en la *Relazione* que por obra del Estado fascista se logran coronar setenta años de esfuerzos, con el fin de lograr un código de procedimiento civil, arguyendo que gracias a las "exigencias innovadoras de la Revolución fascista —la reforma—, ha podido sacar provecho de toda una serie de tentativas, experiencias, discusiones y estudios, que han hecho más segura la plena adaptación a la actual realidad histórica que quiere ser la característica esencial de este código".

Adicionalmente, después de reconocer la contribución de numerosos estamentos y personas en la consecución del código, y de elogiar las contribuciones de anteriores proyectos, culmina sosteniendo: "Al punto de que se puede decir verdaderamente, que esta reforma ha madurado en su estación oportuna, como sustancioso fruto de una acabada evolución his-

[9] HOBSBAWM, *op. cit.*, pág. 134. "Los resultados económicos y de otro tipo de la Italia fascista fueron menos impresionantes como quedó demostrado durante la segunda guerra mundial. Su economía de guerra resultó muy débil. (...) El fascismo italiano, que en cierto sentido continuó el proceso de unificación nacional del siglo XIX, con la creación de un gobierno más fuerte y centralizado, consiguió también logros importantes. Por ejemplo, fue el único régimen italiano que combatió con éxito a la mafia siciliana y a la camorra napolitana".

tórica en que han colaborado: la sensibilidad de los magistrados y abogados, que han sabido hasta hoy atenuar en la práctica los defectos de un procedimiento anticuado; la ciencia de los estudiosos, que supieron presentir en sus tratados las orientaciones de los nuevos tiempos; y también la fe de todo un pueblo en la justicia, que ha reforzado en el gobierno fascista la voluntad de crear para él, también en el campo del proceso civil, instrumentos dignos de aquella fe".

Como se puede observar, las referencias al Estado fascista, a la revolución fascista y al gobierno fascista, son simples declaraciones cuya falta de sustento es manifiesta, puesto que fuera de reconocer los aportes hechos por otros, la *Relazione* no indica ni levemente cuáles fueron los aportes ideológicos del fascismo a los principios o artículos del código.

Piénsese que de haber existido alguna contribución ideológica lo lógico y políticamente más conveniente para un ministro habría sido exponer de manera concreta y franca las aportaciones y novedades, lo que en este caso no sucedió ni podía haber sucedido, porque no hubo ni revolución, ni novedades, ni aportes.

b) *Los factores históricos de la reforma*

Sostiene la *Relazione* que la reforma (el código) ha surgido de la síntesis de tres factores, que son el factor técnico, el factor científico y el factor político.

De acuerdo con lo aseverado en la *Relazione*, a la reforma contribuyó el que denomina factor técnico, porque "el código de 1865, se había detenido en la Italia de esa época, en la fase rudimentaria de las industrias de entonces, en las escasas y lentas comunicaciones de aquel tiempo".

Posteriormente, alude el texto al que denominó "el factor científico", según el cual el código de 1865 se encontraba superado por los progresos de la ciencia jurídica: "Solo en los primeros años de la actual centuria (siglo XX) se inició, por obra de la escuela sistemática fundada por GIUSEPPE CHIOVENDA, la radical visión teórica de todos los institutos procesales que reivindicó para el derecho público el proceso civil y renovó su doctrina, estudiándolo, no ya como expresión de una lucha de intereses privados, sino como instrumento de la más augusta de las funciones del Estado: concepción teórica que se reveló fecunda de grandes consecuencias prácticas, cuando el mismo CHIOVENDA presentó a la comisión de posguerra su propuesta de reforma al procedimiento, en la que se ve por primera vez cuál hubiera podido ser la arquitectura del nuevo proceso civil construido en armonía con las finalidades de interés público que la ciencia italiana había restituido a su honor.

Como se puede observar, se reconoce la obra de CHIOVENDA, pero es bien diciente que tampoco en este campo se diga que hay un aporte fascista, que, repetimos, si lo hubiera habido era obvio que lo habría indicado el ministro con claridad.

El último de los factores que contribuyeron de manera decisiva en la reforma fue el factor político, que de acuerdo con lo afirmado en la *Relazione* fue el factor decisivo, el factor gracias al cual fue posible la realización de la reforma preparada por la ciencia. Luego, en la *Relazione* se hace una afirmación que mirada desprevenidamente nos haría pensar en una penetración político-ideológica del fascismo en el código: "*Si el código de 1865 fue, por razones históricas que acaso ni echaron de ver sus propios autores, expresión de aquellas premisas individualistas que eran el fundamento del Estado liberal, el código de 1940 quiere ser, consciente y voluntariamente, expresión histórica del Estado fascista y corporativo.*

"*En el Estado fascista*, el proceso no es solamente el encuentro de la libertad del ciudadano con la autoridad del Estado, provocado por la necesidad de tutelar los intereses de aquel; ni es el mero expediente formal para arreglar el conflicto de los intereses privados para zanjar el litigio entre los titulares. El *Estado fascista*[10] no niega los intereses privados; antes bien, reconoce su importancia como propulsores de las iniciativas privadas y de ahí que los tutele enérgicamente; y no hay verdadera tutela de intereses si no se refleja en un sólido sistema procesal.

"En el *Estado fascista*, el proceso no es solamente lucha de intereses, sino que es instrumento de fecunda composición de ellos, y sobre todo, instrumento para asegurar, no ya solo un ordenado sistema de vida social inspirado en los fines supremos del Estado, sino también para asegurar, mediante la aplicación de las normas jurídicas que disciplinan la vida nacional, la realización en las relaciones privadas de los supremos intereses de la nación. Y principalmente, es instrumento para realizar lo que la palabra del Duce ha indicado como meta de la revolución fascista: una más elevada justicia social".

Nada hay aquí de novedoso y mucho menos de original que pudiese mostrarse como aporte del fascismo en el campo ideológico; por el contrario, al significar el carácter privado y disponible de los derechos patrimoniales se alinea en los postulados del siglo XVIII, hasta el punto de permitirle escribir a CAPPELLETTI: "No obstante su originariamente proclama de inspiración autoritaria, ha acogido en efecto la concepción acentuadamente

[10] En los regímenes fascistas, se debe aprovechar en primer lugar la clase económicamente dominante, cuyos privilegios en términos generales se trata de proteger.

privadística o individualística del derecho civil que fue propia del siglo XIX y de su ideología liberal, concepción que comporta un poder monopolístico del individuo en la disposición de sus derechos económico-patrimoniales, con todas las repercusiones que tal concepción derivan en el plano del derecho procesal"[11].

En cuanto al reforzamiento de la autoridad del juez, esto está consagrado en el proyecto que preparó CHIOVENDA en 1919, razón por la que no puede considerarse una concepción fascista.

Finalmente se habla de *una más elevada justicia social*; sobre esto sostiene CALAMANDREI: "La justicia que administra el juez es, en el sistema de la legalidad, *la justicia en sentido jurídico*, esto es, en el sentido más estrecho y menos opinable, de conformidad con el derecho constituido, independientemente de la correspondencia de este con la «justicia social». De suerte que, cuando en la *Relazione Grandi*, se sostiene (núm. 2 al final) que el objeto del proceso es alcanzar una «más alta justicia social», esta afirmación se entiende en coordinación al principio de la legalidad en el sentido de que el juez, al administrar *inmediatamente* la justicia en sentido jurídico, al hacer observar las leyes, viene con ello a traducir en la práctica mediatamente los ideales de la justicia social en los cuales el legislador se ha inspirado al formularlos"[12].

Es evidente, entonces, que a lo largo de este aparte no es posible apreciar aporte fascista alguno.

c) *Precedentes de la reforma*. En este apartado se reconoce igualmente la obra de CHIOVENDA con lo que se considera al "juez no ya pasivo espectador del debate, sino activo participante en el proceso y provisto de los poderes necesarios para dirigirlo"; y después de mencionar los numerosos proyectos anteriores se hace una afirmación sin contenido ideológico real: "Pero solo en el gran fermento de ideas que siguió al advenimiento de la revolución fascista pudo el problema de la renovación de nuestros institutos procesales entrar, con la ley de 20 de diciembre de 1923, en su fase constructiva".

Se hace la declaración, pero no se dicen cuáles son esas ideas. Con eso, simplemente se está diciendo que solo gracias al advenimiento del fascismo se tiene la voluntad de hacer el código.

[11] MAURO CAPPELLETTI, *Proceso, ideologías y sociedad*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974, pág. 100.

[12] PIERO CALAMANDREI, *Instituciones de derecho procesal civil* (según el nuevo código), vol. I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, pág. 120.

d) *El juez y la ley*. En este numeral, la *Relazione* indica algunos lineamientos ideológicos, que de ninguna manera son aportes del fascismo:

i) Hay que entender los poderes del juez como los de dirección del proceso y de comprobación de la verdad; pero en cuanto a la aplicación del derecho *in iudicando*, la función del juez debe por lo común ceñirse estrictamente a la fiel e inteligente observancia de la ley.

ii) Se dice que el reforzamiento de los poderes del juez no puede, en el Estado fascista (el agregado Estado fascista es inocuo y solo se justifica por ser teóricamente una relación elaborada por el ministro de Justicia), significar otorgamiento al juez de poderes creadores del derecho.

e) *El principio de la jurisdicción única*. Bajo este título, se hacen en la *Relazione* varias proclamas de aparente contenido ideológico:

"Pero las consideraciones expuestas serían incompletas, si no destacásemos aquí cómo el principio de la unidad de la jurisdicción tiene un particular valor en el Estado fascista.

"La doctrina del fascismo está esencialmente basada en el concepto de soberanía y de autoridad del Estado; ahora bien, la unidad de la jurisdicción es la expresión, en el campo procesal, de la unidad del Estado soberano, a través de sus aplicaciones, es la misma indivisible autoridad del Estado la que se manifiesta en forma unitaria y constante, en la infinita variedad de los contrastes entre los derechos subjetivos de los particulares.

"Pero sobre todo es, por una razón histórica por lo que el principio de unidad de la jurisdicción está fundamentalmente en el ordenamiento jurídico fascista".

Es suficiente decir que esta concepción de la jurisdicción es un logro de la revolución democrática liberal, y el único aporte del fascismo es el discurso, que como hemos indicado, no es más que retórica, máxime si se tiene en cuenta que ello tiene cierta justificación en tanto fue pronunciado por un ministro, naturalmente, interesado en presentar el código como expresión de la ideología fascista[13].

[13] NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Estudios procesales*, Madrid, Edit. Tecnos, 1974, pág. 348, donde dice: "Pasaríamos por alto el apartado relativo al «principio de la jurisdicción única», con el que estamos plenamente identificados, si no pretendiese la «Relazione», mostrárnoslo como consustancial con el fascismo y poco menos que cual conquista suya. Para rectificar ese propósito, que no sabemos si calificar de audaz o de ingenuo, nos bastaría a los españoles —y ejemplos se podrían traer de otros países— recordar que el decreto-ley de unificación de fueros de 6 de diciembre de 1868 fue uno de los primeros actos de la revolución democrática liberal que acababa de derrocar a Isabel II...".

f) *Reforzamiento de los poderes del juez*

Sostiene la *Relazione*: "En el fondo de la cuestión está el renovado concepto de dignidad y de autoridad del Estado fascista y de su órgano, en virtud del cual no sería concebible que el juez asistiera a él como espectador impasible, e impotente a veces cual si fuese el árbitro en un campo gimnástico, que se limita a marcar los puntos y a controlar que se observen las reglas del juego, para una lucha que compromete en cambio, directamente, la más celosa y la más elevada función y responsabilidad del Estado. Es, pues, necesario que el juez tenga una precisa dirección del proceso, una posición preeminente y reguladora".

De ninguna manera puede considerarse que el contenido ideológico que encierra el aparte comentado sea un logro del Estado fascista, pues proviene de los planteamientos que Franz Klein formuló varios decenios antes (ver el cap. IX de este libro); y que significaron un cambio en la concepción liberal e incidieron en el replanteamiento del comportamiento del juez en el proceso.

g) *El principio dispositivo: proyección en el proceso del derecho subjetivo*

Este apartado de la *Relazione* es simplemente una apología del principio dispositivo en el proceso civil, que como bien se sabe fue un logro de la ideología liberal —luego, no es admisible ver en él aporte fascista alguno—, cuya relevancia para nosotros está dada por la forma en que se remata el planteamiento: "De ahí que se hayan conservado en el código (arts. 112 y ss.), como afirmaciones de principio, los aforismos de la antigua sabiduría: *ne procedat iudex ex officio; ne eat iudex ultra petita partium; iudex secundum alligata et probata decidere debet.* Suprimir tales principios hubiera significado, más que reformar el proceso, reformar el derecho privado; dar al juez el poder de iniciar de oficio una causa que los interesados querrían evitar o el de juzgar sobre hechos que las partes no han alegado, significaría retirar en sede procesal la autonomía individual que en sede sustancial está reconocida por el derecho vigente. Con esto no se quiere excluir, naturalmente, que también esa autonomía pueda ser limitada y aun suprimida cuantas veces así lo exija el interés público; se quiere decir únicamente que tales limitaciones deben estar explícitamente establecidas por el derecho sustancial, y no introducírselas indirectamente a través del proceso con expediente que repugnaría a la clara y valerosa técnica en que se inspira la codificación fascista".

Con tal declaración, la *Relazione* —y con ella, el régimen fascista— pretende apropiarse de los logros del liberalismo, haciendo caso omiso de

su incapacidad en este sentido, que como se dijo, proviene de haber sido simple "retórica" —en el sentido despectivo de la palabra— mediante la que se quiso dar una apariencia de revolución o cambio, cuando buscaba en realidad mantener el *statu quo*.

Se ve, entonces, cómo la *Relazione* prácticamente confiesa que a la apropiación de ideas ya existentes y ya estudiadas, simplemente se les agregó la arenga fascista.

h) *El principio inquisitorio en las causas de orden público y los acrecentados poderes del ministerio público*

Sobre las causas de orden público, se dice en la *Relazione*: "En estas causas es necesario que el proceso quede ampliamente desvinculado de la iniciativa de las partes, si no se quiere que la autonomía individual, limitada o suprimida por las leyes sustanciales, resurja de sus propias cenizas a través del proceso. Pero también aquí, al adoptar el sistema inquisitorio, el nuevo código ha tenido cuidado de disciplinarlo de modo que no menoscabe con ello la virtud más preciosa del juez, que debe ser, aún en los procesos sobre causas atinentes al orden público, su imparcialidad. Realmente, el concepto tradicional según el cual se representa al juez como institucionalmente inerte y como desprovisto de todo poder de iniciativa, puede tener su parte de exactitud, ya que muy a menudo el preguntar es psicológicamente incompatible con el juzgar, y el aumentar desmedidamente los poderes de iniciativa del juzgador puede inducirlo a prejuzgar antes de haber juzgado y a transformarse, de juez sereno, en apasionado defensor de una tesis ya previamente adoptada".

La anterior declaración contiene en el fondo una profunda ideología liberal, no es ninguna conclusión o logro del fascismo.

Continúa sosteniendo la *Relazione*: "Igualmente se habla de poderes más amplios de iniciativa instructoria al juez en los procedimientos ante el pretor y ante el conciliador (art. 317) y, que esos poderes aumentan en las controversias del trabajo (art. 439)"; no solo "porque en estas últimas el interés público es especialmente vigilante, sino también porque en las causas de menor valor, en que están en juego los intereses de los ciudadanos menos acomodados o menos cultos, es oportuno que el juez se aproxime a ellos para suplir con más poderes a su inexperiencia y a la menor facilidad que ellos tienen para servirse de la obra de poderosos defensores".

Este planteamiento ya había sido hecho por KLEIN, e incluso se hallaba consagrado en el código que se derogaba —*Codice di Procedura Civile* de 1895—, y por tanto, nada tiene de original que pueda considerarse aportación del fascismo.

i) *Contra la mala fe procesal*

Sobre el artículo 88 del nuevo código, que solemnemente proclama: "Las partes y sus defensores tienen el deber de comportarse en juicio con lealtad y probidad", sostiene la *Relazione Grandi*: "La malicia de los litigantes era sobre todo peligrosa en un proceso, como el vigente hasta ahora en que el juez, pasivo y aislado, había de limitarse a leer documentos escritos sin ver cara a cara las partes; pero cuando, como ocurrirá en el nuevo proceso, se halle ese mismo juez en condiciones de ponerse en contacto directo con los litigantes, de invitarlos a que expliquen su conducta y contesten a cara descubierta sus contradicciones, es de prever que toda especulación judicial aparecerá estéril y que la obra clarificadora del magistrado actuará sobre la conducta de los litigantes como la luz que desinfecta.

"A este fin, merecen ser puestos en evidencia dos institutos que el nuevo código considera como las armas prácticamente más eficaces puestas a disposición del juez para combatir la mala fe procesal: el poder de ordenar en cualquier momento del proceso la comparecencia personal de las partes (art. 117) y el poder, complementario del primero, de sacar argumentos de carácter probatorio de la conducta procesal de las partes (art. 116)".

Este principio, que tiene un rico contenido ideológico y permite ver el proceso en otra forma, tampoco es una aportación del fascismo. Debe recordarse que la Ordenanza Procesal Civil austriaca de Franz Klein (1895) fue la primera en establecer un deber de lealtad, en forma más rotunda que la del *Codice di Procedura Civile* de 1940, que se limita a decir lo que se ha indicado con anterioridad en el artículo 88.

j) *El sistema de las pruebas*

A este aparte de la *Relazione Grandi*, dada su importancia, le dedicaremos mayor espacio, con la finalidad de comprender cabalmente el contenido ideológico que encierra.

En primer lugar, la *Relazione* hace una reafirmación del principio dispositivo y de la regla que, según allí se sostiene, tradicionalmente lo acompaña, según la cual el juez no puede disponer ni tomar en consideración pruebas que no hayan sido propuestas por las partes.

Afirma además que cuando la controversia trata sobre relaciones de derecho privado, el instrumento más sensible y más eficaz para la investigación lo constituye el contradictorio de las partes: "Por el conocimiento directo que ellas tienen de los hechos y por el estímulo del interés individual que mueve a cada una de ellas a elegir y a poner en evidencia los que son útiles a la propia tesis, la carga de alegaciones y de prueba puesta a su

cargo, se resuelve inconscientemente, en una colaboración de los fines de la justicia".

Posteriormente —como especie de disculpa—, se manifiesta en la *Relazione* que el código se mantiene dentro de estos criterios al decir: "Las innovaciones introducidas en el sistema probatorio no afectan, pues, ni a su enumeración tradicional de los medios de prueba, que excepción hecha de la pericia seguirán siendo los denominados en la anterior legislación, ni a la regla según la cual algunos de ellos (como el interrogatorio formal, el juramento decisorio y también la prueba testifical) no pueden ser admitidos en el proceso ordinario sino a petición de parte".

Se hace también un pronunciamiento sobre la averiguación de la verdad y se dice: "Sin embargo, aun manteniéndose en sus grandes líneas el sistema tradicional, el ámbito de la investigación oficial de la verdad ha sido notablemente ampliado y se han reforzado los medios para hacerla provechosa. (...)".

La *Relazione* enumera las normas en las que el acrecentamiento de los poderes probatorios del juez se vio concretado, y además, menciona los artículos 118[14], 191 y siguientes, 210[15], 213[16], 258[17] y siguientes, y en es-

[14] Art. 118. *Orden de inspección de personas y cosas.* El juzgador podrá ordenar a las partes y a los terceros, que consientan sobre su persona o sobre las cosas que posean las inspecciones que aparezcan indispensables para conocer los hechos del pleito, siempre que ello pueda realizarse sin grave daño para la parte o para el tercero, y sin constreñirles a violar ninguno de los secretos previstos en los artículos 351 y 352 del Código de Procedimiento Penal. Si la parte se niega a cumplir tal orden sin justo motivo, el juzgador podrá inferir de esa negativa argumentos de prueba, conforme al apartado segundo del artículo 116. Si se niega el tercero, el juzgador lo condenará a una pena pecuniaria que no exceda de diez mil liras.

[15] Art. 210. *Orden de exhibición a la parte o al tercero.* Dentro de los límites en que conforme al artículo 118 cabe ordenar la inspección de cosas en poder de una parte o de un tercero, podrá el magistrado instructor, a instancia de parte, ordenar a la otra parte o a un tercero, que exhiba en juicio un documento u otra cosa cuya obtención considere necesaria para el proceso. (...)

[16] Art. 212. *Exhibición de copia del documento y de los libros de comercio.* El magistrado instructor podrá disponer que, en vez del original, se exhiba una copia, incluso fotográfica, o un extracto auténtico del documento.

Al ordenar la exhibición de libros de comercio o de registros a fin de extraer de ellos determinados asientos, el magistrado podrá disponer, a instancia del interesado, que se presenten extractos, para cuya formación nombrará un notario y, en su caso, un experto que lo asista.

[17] Art. 258. *Ordenanza de inspección.* La inspección de lugares, de cosas muebles e inmuebles, o de personas, será dispuesta por el magistrado instructor, que fijará el tiempo, el lugar y el modo de la misma.

pecial el artículo 117[18], que le permite al juez ordenar en cualquier estado y grado del proceso la comparencia personal de las partes; de esta facultad sostiene la *Relazione*: "El poder conferido al juez de ordenar de oficio inspecciones sobre las personas de las partes o de un tercero, o también sobre cosas en posesión de ellas, cuando ello aparezca indispensable para conocer los hechos de la causa; y asimismo el poder de ordenar, a instancia de parte, la exhibición en juicio de cosas en posesión de las partes o del tercero, responden de conformidad con los votos de la doctrina y de la práctica a las mismas consideraciones de solidaridad social y de cooperación de los ciudadanos al mejor funcionamiento de la justicia en que está basado el deber público de dar testimonio. Así como el ciudadano está obligado a deponer según verdad en juicio, así también, cuando el interés de la justicia lo reclama, tiene que poner al servicio de esta y aun en ciertos casos hasta su propia persona. *Todo esto está en perfecta armonía con la concepción fascista y corporativa de la jurisdicción y del proceso que se expresa en el código*".

La frase en bastardillas no explica por qué todo lo anterior esta en consonancia con la concepción fascista, ya que se puede sustituir la frase y agregar cualquier otra sin que pierda coherencia, puesto que, nótese, la falta de explicación obedece a una razón elemental: tal planteamiento ya había sido formulado de forma rotunda y magistral por Klein, que refiriéndose a la ZPO afirmó que el código por él elaborado se inspiraba en el "punto de vista colectivo"[19].

[18] Art. 117. *Interrogatorio no formal de las partes*. En cualquier estado y grado del proceso tendrá el juzgador la facultad de ordenar la comparecencia personal de las partes en contradictorio entre sí, para interrogarlas libremente sobre los hechos del pleito. Las partes podrán hacerse asistir por los defensores.

[19] Cappelletti, *op. cit.*, pág. 73, comenta: "En un libro escrito algún decenio después de la entrada en vigor del código austriaco, Klein ha afirmado, que respecto de todo lo que se refiere al Estado, existen fundamentalmente tres «puntos de vista»: el de la autoridad dominante, el del individuo singular y al de la colectividad; y según el punto de vista predominante, también los institutos asumen una coloración diversa. Individualizó, por consiguiente, en la historia del derecho procesal civil tres tipos de sistemas: un primer tipo —el ordenamiento procesal autoritario dominado por la exclusiva consideración del «punto de vista» de la autoridad dominante— que puede contemplarse, por ejemplo, en el proceso tardo-romano y justinianeo; un segundo tipo, inspirado en una ideología individualística, que se puede ver en el tardo proceso común (proceso «común» alemán, austriaco, etc., hasta las codificaciones del siglo pasado) y también en el proceso francés e italiano hasta la época en que el autor escribía, y finalmente un tercer tipo, que es el que el propio Klein ha elaborado y que ha sido adoptado precisamente por el legislador austriaco en 1895: Este último tipo está inspirado según la fórmula de Klein, en el «punto de vista colectivo»".

En torno a la prueba testimonial, se afirma en la *Relazione* lo siguiente: "Ya hemos dicho que en lo que atañe a la prueba testifical, queda en firme (salvo las excepciones establecidas por los arts. 317 y 439) la regla tradicional según la cual no se la puede ordenar sino a requerimiento de parte y con indicación nominal de los testigos a quienes haya que oír; pero también aquí los poderes del juez han sido notablemente extendidos, ya en el sentido positivo de oficio a deponer a las personas a quienes se haya referido alguno de los testigos (art. 257) y de poder dirigir libremente a los testigos todas las preguntas que estime convenientes para aclarar la verdad (art. 253), ya en el sentido negativo de poder reducir el número de los testigos que escuchar, cuando los indicados por la parte sean en número más que suficiente (art. 245).

Es muy fácil concluir con lo transcrito, que el *Codice di Procedura Civile* se limitó a conservar lo que ha sido tradicional, excepto en lo referido a la consagración de lo que la doctrina ha denominado como el testigo referenciado o mencionado; respecto de lo cual nada se dice y tampoco es posible inferir que se trate de un aporte de la ideología fascista.

Igualmente en lo que hace referencia a la valoración de la prueba se dice en la *Relazione*: "En lo que a la valoración de las pruebas se refiere, el código (que sobre el valor de los medios singulares de prueba debe ser integrado con lo que se establecerá al respecto en el libro v del Código Civil) está orientado, mucho más que el anterior hacia el sistema de la libre valoración; al punto de haber parecido conveniente consagrar esa tendencia en una disposición especial (art. 116) en que se enuncia, como criterio de principio, que "el juez debe valorar las pruebas, según su prudente apreciación, salvo que la ley disponga otra cosa".

"Este predominio concedido en el campo de las pruebas al sistema de la libre valoración, responde a la orientación general de todo el código hacia un más decidido acrecentamiento de los poderes del juez; pero no hay que creer que con ello se quiera desterrar del nuevo proceso la prueba legal, de las que se mantendrán en el libro v del Código Civil las más características manifestaciones tradicionales, como la plena eficacia probatoria atribuida por la ley a la confesión y la decisoriedad del juramento deferido por la parte. El instituto de la prueba legal, bajo muchos aspectos va al unísono con el principio dispositivo, y se lo debe conservar por tanto en un proceso que mantiene dicho principio (tanto así, que es premisa indispensable para el funcionamiento procesal de la confesión y del juramento que las partes tengan, según el derecho sustancial, el poder de disponer de la relación controvertida); pero, por otra parte, no se puede excluir que también en un proceso de tipo netamente inquisitorio pueda encontrar su justificación

alguna aplicación de la prueba legal, para todos aquellos casos en que considere útil el legislador, en interés de la más pronta justicia e independencia del poder dispositivo de las partes, anticipar con normas generales la valoración de la prueba que en el sistema de la prueba libre esta en cada caso encomendada al juez".

No se puede decir que sea un aporte del *Codice di Procedura Civile Italiano* la libre valoración del juez, ya que en el código derogado de 1865 en cierta forma ya existía; además, en la *Strafprozessordung* (ley procesal penal alemana), que entró en vigor el 1º de octubre de 1879, en el parágrafo 261 se estableció:

"§ 269. Libre apreciación de la prueba. Sobre el resultado de la práctica de las pruebas decidirá el Tribunal, según su libre convencimiento formado de la totalidad de la vista".

Otro tanto ocurre con la Ordenanza Procesal Civil austriaca de 1895 (ZPO), en donde se consagró la libre apreciación de la prueba en el parágrafo 379.

En cuanto al mantenimiento de la prueba legal, esto demuestra que se conservó y utilizó lo que ya se había consagrado.

CAPÍTULO XI

LAS PRUEBAS DE OFICIO EN EL DERECHO COMPARADO

En este capítulo hemos compendiado las normas que en diversos ordenamientos —especialmente latinoamericanos— han consagrado el decreto oficioso de pruebas, para exponer en forma sencilla su desarrollo legal en distintos territorios y facilitar su consulta y comparación en lo referido al mayor o al menor alcance deducible de su redacción.

Puesto que nos proponemos realizar un examen de la consagración de las pruebas de oficio en los diferentes ordenamientos jurídicos, con un enfoque cronológico, hemos de comenzar por *Las Siete Partidas* (Partida Tercera, Título IV [III], Ley XI), sancionadas por Alfonso el Sabio en el siglo XIII, que al respecto establecen:

"Verdad, es cofa q los judgadores deuen catar en los pleytos, fobre todas las otras cofas, del mundo e porende, quãdo las partes cotienden fobre algund pleyto, en juyzio, deuen los judgadores, fer acuciofos en puñar, de faber la verdad del por quantas maneras pudieren.

"Primeramente, por conofcencia, que fagan por fi mifmos el demãdador, e el demãdado en juicio, o por preguntas que los juezes fagan a las partes en razon de aqllas cofas fobre que es la contieda. Otrofi por jura: en la manera q diximos enel título do fabla della. Porque quando por ninguna deftas carreras, non pudieren los judgadores faber la verdad han de recebir teftigos, los que las partes traxeren, para prouar fus intenciones, tomando la jura, ante ellos paladinamente, ante las partes, e recibiendo defpues los dichos de cada vno por fi en poridad: e en logar apartado. E fobre todo, fi por preuillejos, o por cartas valederas, o por feñales manifieftas, o por grandes fofpechas, non la pudieren faber, deuen fazer en la manera q moftramos en las leyes defte libro, o en los logares do fabla, en cada vna deftas razones. E quando fupieren la verdad deuen dar fu juicio, en la manera que entendieren, que lo han de fazer fegund derecho".

Tal *Partida* informó el Código de Procederes de Santacruz en Bolivia (1833), y las leyes españolas de 1831 y 1855. Así, las pruebas de oficio

fueron consagradas por primera vez en la época moderna por la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855[1], que establecía:

"*Artículo 48.* Los jueces y tribunales podrán para mejor proveer:

"1. Decretar que se traiga a la vista cualquier documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes.

"2. Exigir confesión judicial a cualquiera de los litigantes, sobre hechos que estimen de influencia en la cuestión y no resulten probados.

"3. Decretar la práctica de cualquier reconocimiento o avalúo que reputen necesarios.

"4. Traer a la vista cualesquiera autos que tengan relación con el pleito".

A. Perú (1912)

En Latinoamérica, el hoy derogado Código de Procedimientos Civiles del Perú, vigente desde *1912* y elaborado entre 1904 y 1908, establecía:

"*Artículo 340.* Los jueces, en cualquier estado de la causa, pueden ordenar de oficio, las pruebas que juzguen necesarias, excepto la de testigos y juramento decisorio.

"Es inapelable el auto en que el juez ordena una prueba de oficio".

B. México

Posteriormente, fueron consagradas en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, expedido el 21 de septiembre de *1932* en México[2], cuyos artículos 278 y 279 establecen:

"*Artículo 278.* Para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, sin más limitación que la de que las pruebas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral".

"*Artículo 279.* Los tribunales podrán decretar en todo tiempo, sea cual fuere la naturaleza del negocio, la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria, siempre que sea conducente para el conocimiento de la

[1] Tal ley fue calificada como un retroceso desde su expedición misma; en este sentido, NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO sostuvo que tal: "(...) restaura esencialmente el sistema de la *Partida III*, que por intermedio del proceso medieval italiano enlaza con la codificación justinianea, extraída a fin de cuentas del derecho romano".

[2] Si bien es cierto tales artículos consagran importantes innovaciones, es curiosa la poca influencia ejercida por tal código en la legislación latinoamericana posterior. Al respecto véase NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Derecho procesal mexicano*, México, Porrúa, 1976.

verdad sobre los puntos cuestionados. En la práctica de estas diligencias, el juez obrará como estime procedente para obtener el mejor resultado de ellas, sin lesionar el derecho de las partes oyéndolas y procurando en todo su igualdad".

En cuanto a la interpretación de estos preceptos, la jurisprudencia civil mexicana ha sostenido que las "diligencias para mejor proveer" constituyen una facultad de las autoridades de instancia y no una obligación:

"De la interpretación de los artículos 284 y 286 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Jalisco, se infiere que en tanto el primero dispone que los tribunales «podrán» decretar la práctica o ampliación de diligencias probatorias, es decir, les concede simplemente una facultad potestativa, no les impone el deber jurídico de decretar en todos los casos la práctica oficiosa de tales diligencias. (...)"[3].

"La práctica de diligencias para mejor proveer regulada por el artículo 279 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, constituye una facultad de las autoridades de instancia y no una obligación, por lo que si estas no decretan la recepción de una determinada prueba para mejor proveer, ello de ninguna manera puede resultar conculcatorio de las garantías individuales del quejoso, precisamente por constituir una facultad potestativa que tiene el juzgador para ordenar este tipo de diligencias y no una obligación"[4].

"La facultad de practicar diligencias para mejor proveer no entraña una obligación sino que es una potestad para los jueces y esa facultad no llega al extremo de suplir a las partes en el ofrecimiento de pruebas"[5].

No obstante lo anterior, no sobra poner de presente que en criterio aislado, sostuvo el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito lo siguiente:

"La naturaleza facultativa que se atribuyó antiguamente a las diligencias para mejor proveer, no debe ser aplicada a la interpretación de los términos «puede» y «podrán», contenidos en los artículos 278 y 279 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (...), los mencionados artículos del ordenamiento procesal vigente admiten que los jueces ejerciten el poder en materia probatoria con el que cuentan, en todo tiempo, y la

[3] Primer Tribunal Colegiado en materia civil del Tercer Circuito. Amparo directo 241 de 9 mayo 1996. Ponente: Francisco José Domínguez Ramírez.

[4] Octavo Tribunal Colegiado en materia civil. Amparo directo 141 de 20 junio 1996. Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo.

[5] Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Amparo directo 105 de 18 mayo 1988. Ponente: José Galván Rojas.

materia sobre la que recae esas potestad es amplísima, dado que pueden decretar la práctica de cualquier diligencia probatoria; su ampliación: se pueden valer de cualquier persona, sea parte o tercero; de cualquier documento o cosa, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, con los límites especificados en los propios numerales. Por último, la finalidad que se persigue con el ejercicio de esa potestad probatoria es el conocimiento de la verdad sobre los puntos controvertidos. Consecuentemente, si las diligencias para mejor proveer de antaño se les consideraba como simples facultades, que los juzgadores podían realizar o no, esta característica ya no admite ser aplicada a una institución superior, como es la prevista en los artículos 278 y 279 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, lo que impone establecer que los términos «puede» y «podrán», contenidos en estos preceptos, deben ser entendidos también en otro contexto, con el cual quede evidenciada la superioridad mencionada. De ahí que sea más adecuado considerar que tales términos expresan una potestad o un poder de mando, o un poder de orden, conceptos que encierran la idea de dominio de la voluntad ajena o potencia de mandar super partes y con los cuales es también admisible inteligir las palabras «puede» y «podrán». Entendidos así estos últimos términos, se comprende que la actividad impuesta al juzgador en las mencionadas disposiciones, se apega más a la idea de deber, constreñimiento e incluso obligación, que a una mera facultad discrecional". (Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Novena época. Providencia de 6 julio 1995. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata. Amparo directo 3354 de 1995)[6].

[6] Por demás, puede apreciarse en la doctrina el gran interés que este tema ha suscitado. Así, José Ovalle Favela, refiriéndose al art. 279, sostiene: "Este precepto faculta al juzgador para ordenar *de oficio* la práctica de los medios de prueba que estime conducentes para el conocimiento de la verdad sobre los hechos controvertidos. Es claro que esta amplia facultad rebasa el contenido de las tradicionales «diligencias para mejor proveer», que eran las medidas probatorias que el juez podía decretar, también de oficio, para mejorar su conocimiento sobre los hechos controvertidos, pero solo una vez que hubiese concluido la práctica de las pruebas propuestas por las partes y que decretaban *después* de la citación para sentencia y *antes* de que el juzgador emitiese su pronunciamiento de fondo.

"La clara redacción del art. 279 permite afirmar que la facultad para el juzgador de ordenar de oficio la práctica de pruebas, puede ser ejercida «en todo tiempo», es decir, desde la iniciación de la fase probatoria hasta antes del pronunciamiento de la sentencia. Así mismo tal facultad no tiene por qué reducirse solo a ordenar la ampliación de pruebas ya propuestas y practicadas por las partes, sino que también comprende la ordenación de la práctica de pruebas no ofrecidas por las partes, con tal de que conciernan a los hechos debatidos y de que en la ejecución de tales pruebas se respeten los derechos pro-

C. Italia

Teniendo en cuenta que las codificaciones europeas posteriores a la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 no consagraron facultades oficiosas del juez en materia de pruebas, su "resurgimiento" primero en la ZPO austriaca de 1895, y luego en el *Codice di Procedura Civile* italiano de *1942*, fue calificado por la doctrina como expresión del totalitarismo reinante por aquella época en Italia, con fundamento en la *Relazione Grandi*[7].

Al respecto, el ilustre procesalista español NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO sostuvo:

"La relazione ministerial señala como tales (factores determinantes de la reforma) los que denomina técnico, científico y político. Pero sin desconocer que la admiración de MUSSOLINI hacia NAPOLEÓN y, por consiguiente, su deseo de llegar a la posteridad, como él, un conjunto de Códigos vinculados a su nombre haya impulsado decisivamente la reforma, el último factor es el que menos se percibe en el texto legislativo de que nos estamos ocupando, aunque, eso si, se le agite y aduzca a cada paso en los documentos que preceden a su articulado.

---

cesales de las partes (particularmente, el derecho de participar en el desahogo de tales pruebas y de objetar su valor probatorio).

"La facultad contenida en el art. 279, que resulta acorde con las tendencias modernas en materia probatoria, no excluye en definitiva las reglas de la carga de la prueba, pero sí intenta evitar que el conocimiento del juzgador sobre los hechos controvertidos se base exclusivamente en las pruebas propuestas por las partes.

"Pero esta facultad debe ser usada por el juzgador con pleno respeto de las reglas de la carga de la prueba. Con todo acierto Buzaid ha expresado que esta facultad se confiere al juzgador no para suplir las deficiencias de las partes, sino para formar su propio convencimiento: «De acuerdo con la estructura dialéctica del proceso moderno, compete a las partes la carga de alegar y probar los hechos; corresponde al juez, en tanto, ordenar de oficio las providencias necesarias para formar su convicción»". (JOSÉ OVALLE FAVELA, *Derecho procesal civil*, 9ª ed., México).

[7] Relación del ministro guardasellos (DINO GRANDI), presentada en la audiencia del 28 de octubre de 1940-XVIII, para la aprobación del texto del Código de Procedimiento Civil, comúnmente conocida como la "Relación Grandi" equivalente entre nosotros a la exposición de motivos. En cuyo numeral 2 se lee: "Si el código de 1865 fue, por razones históricas que acaso ni echaron de ver sus propios autores, expresión de aquellas premisas individualistas que eran el fundamento del Estado liberal, el código de 1940 quiere ser, consciente y voluntariamente, expresión histórica del Estado fascista y corporativo. El reforzamiento del principio de autoridad en el Estado se proyecta y se traduce necesariamente, en el proceso, en un reforzamiento de la autoridad del juez; reforzamiento sin embargo, que no se reduce a un simple aumento de los poderes de uno de los órganos del Estado ni a una extensión de su injerencia en las relaciones de la vida privada y en la esfera de los derechos individuales del ciudadano, sino que es la expresión de un cambio de relación en la valoración de los intereses tutelados y garantizados por el derecho".

"Queremos decir que si el nuevo Código Procesal Civil puede, con entera justicia, por lo que hace al tiempo y a la iniciativa, ser designado como mussoliniano, nada autoriza en cambio a presentarlo como fascista, ni por los adeptos ni por los enemigos de este credo, o desvarío político. Tan no es fascista el Código, que podrá sin la menor dificultad seguir rigiendo en una Italia democrática y liberal, y trasplantarse o influir en países refractarios por completo al totalitarismo. Cierto que el Código refuerza, en comparación con el de 1865, los poderes del juez como director del proceso, pero aparte de que a la vez los ha debilitado con respecto al proyecto Solmi, si esa orientación bastase para etiquetar de fascista en los dominios procesales, íbamos a tener, por ejemplo, que colgarle el sambenito nada menos que a KLEIN y a CHIOVENDA, pese a que la legislación por el primero fabricada para Austria y la mayor y la mejor parte de la obra del segundo son anteriores al advenimiento del fascismo, y hasta, descendiendo de esas dos alturas a las filas del anonimato, resultaría que éramos fascistas asimismo quienes de manera constante hemos mostrado, a lo largo de años y de decenios, oposición irreductible a todo género de dictaduras y totalitarismos. Evitemos, pues, el grave error de creer que el proceso liberal quiere significar proceso anárquico y que, por el contrario, el aumento en los poderes del juzgador para la mejor marcha del proceso implique insoportable manifestación de tiranía. ¿O es que acaso entre el juez-espectador y el juez dictador no hay un término medio? Insistimos, pues en que en el nuevo Código no es en sí mismo fascista, aunque lo fuese el ambiente en el que surgió, y este imprimiese su huella en el modo de su aplicación, máxime si se piensa en la vinculación partidista exigida por el fascismo para el desempeño de cargos judiciales. Es más, la inclusión, un tanto sorprendente, de la materia procesal corporativa en el Código, acaso obedezca al prurito de darle algún punto de apariencia o tonalidad de fascismo"[8].

Tal Código establece:

"*Artículo 117. Interrogatorio no formal de las partes.* En cualquier estado y grado del proceso tendrá el juzgador la facultad de ordenar la comparecencia personal de las partes en contradictorio entre sí, para interrogarlas libremente sobre los hechos del pleito. Las partes podrán hacerse asistir por los defensores.

"*Artículo 118. Orden de inspección de personas y de cosas.* El juzgador podrá ordenar a las partes y a los terceros, que consientan sobre su persona o sobre las cosas que posean las inspecciones que aparezcan indispen-

[8] NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Indicaciones acerca del nuevo Código de Procedimiento Civil*. Texto incluido en la traducción hecha por este del *Sistema de derecho procesal civil* de FRANCESCO CARNELUTTI, t. I, Buenos Aires, Ed. Uteha, 1944, pág. 401.

sables para conocer los hechos del pleito, siempre que ello pueda realizarse sin grave daño para la parte o para el tercero, y sin constreñirles a violar ninguno de los secretos previstos en los artículos 351 y 352 del Código de Procedimiento Penal.

"Si la parte se niega a cumplir tal orden sin justo motivo, el juzgador podrá inferir de esa negativa argumentos de prueba, conforme al apartado segundo del artículo 116.

"Si se niega el tercero, el juzgador lo condenará a una pena pecuniaria que no exceda de dos mil liras.

"*Artículo 210. Orden de exhibición a la parte o al tercero.* Dentro de los límites en que conforme al artículo 118 cabe ordenar la inspección de cosas en poder de una parte o de un tercero, podrá el magistrado instructor, a instancia de parte, ordenar a la otra parte o a un tercero, que exhiba en juicio un documento u otra cosa cuya obtención considere necesaria para el proceso.

"Al ordenar la exhibición, el magistrado acordará los proveimientos oportunos acerca del tiempo, del lugar y del modo de la exhibición.

"Cuando la exhibición implique gastos, estos deberán ser en todo caso anticipados por la parte que haya propuesto la instancia de exhibición".

"*Artículo 258. Ordenanza de inspección.* La inspección de lugares, de cosas muebles e inmuebles, o de personas será dispuesta por el magistrado instructor, que fijará el tiempo, el lugar y el modo de la misma".

Y en materia corporativa, la iniciativa instructoria reconocida al juzgador fue aun mayor, al establecer:

"*Artículo 439. Poderes instructorios del juez.* El juez puede disponer de oficio todos los medios de prueba que considere oportunos. Puede disponer la prueba testifical aun fuera de los límites establecidos por el Código Civil.

"Se aplica también ante el tribunal la disposición del artículo 316".

D. Proyecto Couture

En cuanto a Latinoamérica, antes de examinar la legislación vigente hemos de revisar la posición adoptada sobre las facultades del juez por el Proyecto de Código de Procedimiento Civil elaborado por EDUARDO J. COUTURE —comúnmente denominado "Proyecto Couture"—, para la República de Uruguay en 1945, dada la enorme importancia histórica y doctrinal que a tal documento se le atribuye[9]. Tal proyecto establecía:

[9] A efectos de evaluar sus principios políticos, resulta importante transcribir lo dicho por la "Ley de Bases" que constituyó el programa general de tal reforma.

"Artículo 198.— *Pruebas posteriores a la conclusión de la causa.* Conclusa la causa, no será admitida a las partes prueba alguna.

"El juez podrá disponer de cualquier prueba que considere indispensable para mejor proveer. De su resolución no habrá reclamo alguno. Pero si el tribunal de segunda o tercera instancia considera que mediante dicha prueba se ha alterado gravemente el principio de igualdad de las partes en el juicio, podrá prescindir de ella"[10].

Al respecto, en la exposición de motivos sostiene:

"La primera de todas sus preocupaciones (del proyecto) es confiar al juez la dirección del proceso, de acuerdo con las normas trazadas en la ley (art. 3º). La experiencia enseña que en un proceso sin una dirección judicial y certera, la dirección queda en manos del contendiente más astuto. Como es natural, este lo conduce no ya de acuerdo con la justicia sino de acuerdo con su interés.

"Políticamente hablando, el proceso debe quedar en manos de la autoridad para que no quede en manos del más aprovechado. La libertad en el orden consiste, decía un escritor, en proceder como el agente de tráfico, que impide que el más audaz atraviese primero la bocacalle, y distribuye la circulación considerando el bien de todos y no el interés de cada uno en llegar primero.

"Para esto no es menester reforzar excesivamente los poderes del juez, cosa que daría a la reforma un tono autoritario que no condice con su línea política de orientación. Basta especificar y determinar con cierto rigor técnico los poderes de que el juez dispone actualmente. El juez del Proyecto, tal como se expondrá más adelante, no tiene más poderes que el juez actual. En algunos aspectos tiene menos poderes. Pero lo que tiene, por encima del juez actual, es una facultad de vigilancia y de ordenación que debe ejercerse desde el día de la demanda y que no cesa sino el día del pago al acreedor"[11].

"5º. Principios políticos. El nuevo Código debe ajustarse al sistema democrático consagrado en la Constitución.

"Sus bases políticas deben ser, pues, las mismas del actual, consagradas por una *experiencia varias veces secular. Se desecha en consecuencia, la tendencia llamada* «autoritaria», que subordina la voluntad de los particulares al arbitrio judicial.

"Se deben reforzar los poderes del juez, por las razones que se expondrán más adelante; y además, porque esta solución es genuinamente democrática y tiene en Inglaterra y en los Estados Unidos sus más altas expresiones. Pero la iniciativa y la disponibilidad del proceso deben permanecer en manos de las partes".

[10] EDUARDO J. COUTURE, *Proyecto de Código de Procedimiento Civil con exposición de motivos*, Montevideo, 1945 (edición no comercial).

[11] *Ibidem.*

Visto lo anterior, ha de resaltarse que la totalidad de los códigos latinoamericanos vigentes por aquel entonces emanaban fundamentalmente de la legislación española, y fue a causa de la influencia ejercida por la codificación italiana que se inició un movimiento reformador y fueron expedidos la gran mayoría de códigos de procedimiento latinoamericanos hoy vigentes; así, por ejemplo:

En Colombia, tal influencia se aprecia por primera vez en el decreto 2158 de 1948, actual Código Procesal del Trabajo[12], que reza:

Artículo 54. Pruebas de oficio. Además de las pruebas pedidas, el juez podrá ordenar a costa de una de las partes, o de ambas, según a quien o a quienes aproveche, la práctica de todas aquellas que a su juicio sean indispensables para el completo esclarecimiento de los hechos controvertidos"[13].

E. Argentina

En Argentina, debe tenerse en cuenta que incluso con anterioridad a la expedición del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación[14], la jurisprudencia ya había mostrado una tendencia favorable hacia los poderes oficiosos del juez; así, por ejemplo, en el conocidísimo caso "Colalillo", la Suprema Corte nacional afirmó:

"Que la condición necesaria de que las circunstancias de hecho sean objeto de comprobación ante los jueces, no excusa la indiferencia de estos respecto a su objetiva verdad. Es, en efecto, exacto que, por lo regular, a fin de juzgar sobre un hecho, no cabe prescindir de la comprobación del modo de su existencia, que en materia civil incumbe a los interesados. Y también es cierto que esa prueba está sujeta a ciertas limitaciones, en cuanto a su forma y tiempo, pues es exacto que de otro modo los juicios no tendrían fin.

[12] Al respecto, puede consultarse la ponencia del proyecto de ley "sobre Código Procesal del Trabajo" expuesta al Congreso por el representante Diego Tobón Arbeláez, publicada en *Anales del Congreso*, año I, núm. 40, Bogotá, 1° octubre 1945-Cámara.

[13] Al respecto, véase el proyecto de ley elaborado por el doctor Juan Francisco Mújica, cuyos principios informaron tanto el decr. 969 de 1946, como el decr. 2158 de 1948 —actual Código Procesal del Trabajo—, y la ponencia elaborada por el entonces Representante Diego Tobón Arbeláez, publicada en *Anales del Congreso*, de fecha, 1° octubre 1945-Cámara.

[14] Al respecto, la exposición de motivos sostiene que uno de los propósitos orientadores del ordenamiento proyectado es "dotar a los jueces de mayores atribuciones en lo referente a la dirección y ordenación de las causas, de manera que el tal proceso, sin dejar de responder a las exigencias fundamentales del principio dispositivo, no se desarrolle como un juego de ficciones librado a la habilidad ocasional de los litigantes".

"Que sin embargo, el proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales. No se trata ciertamente del cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva, que es su norte.

"Que concordantemente con ello la ley procesal vigente[15] dispone que los jueces tendrán en cualquier estado del juicio la facultad de disponer las medidas necesarias para esclarecer los hechos debatidos. Y tal facultad no puede ser renunciada, en circunstancias en que su eficacia para la determinación de la verdad sea indudable. En caso contrario la sentencia no sería aplicación de la ley a los hechos del caso, sino precisamente la frustración ritual de la aplicación del derecho.

"Que desde luego y por vía de principio, es propio de los jueces de la causa, determinar cuando existe negligencia procesal sancionable de las partes, así como disponer lo conducente para el respeto de la igualdad de la defensa de sus derechos. Pero ni una ni otra consideración son bastante para excluir de la solución a dar al caso, su visible fundamento de hecho, porque la renuncia consciente a la verdad es incompatible con el servicio de justicia"[16].

En *1967*, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina (ley 22.434) estableció:

"*Artículo 36*. Aún sin requerimiento de parte los jueces y tribunales podrán: (...)

"4. Ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes. A este efecto podrán:

[15] Para tal momento se encontraba vigente el Código de Procedimientos en materia civil y comercial de la capital (promulgado el 18 de agosto de 1880, y extendido a todos los territorios de la nación por la ley 1532), cuyo artículo 57 preceptuaba:

"Los jueces y los tribunales podrán para mejor proveer:

"1. Decretar que se traiga a la vista cualquier documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes;

"2. Exigir confesión judicial a cualquiera de los litigantes sobre hechos que estimen de influencia en la cuestión y no resulten probados, o cualesquiera explicaciones que juzguen conducentes;

"3. Ordenar cualquier reconocimiento, avalúo u otra diligencia pericial que reputen necesaria;

"4. Traer a la vista cualesquiera autos que tengan relación con el pleito, hallándose en estado".

[16] PEDRO J. BERTOLINO, *El exceso ritual manifiesto*, Buenos Aires, Librería Editora Platense, 1979, págs. 19 y ss.

"a) Disponer, en cualquier momento, la comparecencia personal de las partes para requerir las explicaciones que estimen necesarias al objeto del pleito;

"b) Decidir en cualquier estado de la causa la comparecencia de testigos con arreglo a lo que dispone el artículo 452, peritos y consultores técnicos, para interrogarlos acerca de lo que creyeren necesario;

"c) Mandar, con las formalidades prescriptas en este Código, que se agreguen documentos existentes en poder de las partes o de terceros, en los términos de los artículos 387 a 389".

Es importante mencionar que la ley 25.488, entrada en vigencia en mayo de 2002, modifica el artículo anterior, en el sentido de cambiar "podrán" por "deberán", con lo que admiten vía legislativa, lo que en otros ordenamientos ha sido fruto de la interpretación dada por la jurisprudencia, v. gr. Colombia.

F. Colombia

Pocos años después es expedido el Código de Procedimiento Civil colombiano —decreto 1400 de *1970*—, que establece:

"*Artículo 179. Prueba de oficio y a petición de parte.* Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte, o de oficio cuando el magistrado o juez las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. Sin embargo, para decretar de oficio la declaración de testigos, será necesario que estos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes.

"Las providencias que decreten pruebas de oficio no admiten recurso alguno. Los gastos que implique su práctica serán a cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas".

"*Artículo 180. Decreto y práctica de pruebas de oficio.* Podrán decretarse pruebas de oficio, en los términos probatorios de las instancias y de los incidentes, y posteriormente, antes de fallar.

"Cuando no sea posible practicar estas pruebas dentro de las oportunidades de que disponen las partes, el juez señalará para tal fin una audiencia o un término que no podrá exceder del que se adiciona, según fuere el caso".

G. Brasil

En Brasil, tal figura existía ya desde el Código de Procedimiento Civil de 1939, puesto que fue redactado con base en el proyecto de Código de Procedimiento Civil italiano[17]. En el código vigente —expedido mediante

[17] En este sentido, la exposición de motivos del Código de Procedimiento Civil brasileño, presentada por Alfredo Buzaid, refiriéndose al código anterior, dice:

ley 5.869 de 11 de enero de *1973*—, el artículo referido a las pruebas de oficio reza:

"*Artículo 130.* Caberá ao juiz, de ofício ou requerimento da parte, determinar as provas necesarias à instrução do processo, indefirindo as diligencias inúteis ou meramente protelatórias"

H. Francia

En Francia, le *Code de Procédure Civile* (Décret n.75-1123 du 5 décembre *1975*), establece en su artículo 10.

"*Artículo 10.* El juez tiene el poder de ordenar de oficio todas las medidas de instrucción, legalmente admisibles"[18].

I. Panamá

En *Panamá*, el Código Judicial establece:

"*Artículo 793*[19]. Además de las pedidas y sin perjuicio de lo dispuesto en otras disposiciones de este Código, el juez de primera instancia debe ordenar, en el expediente principal y en cualquier incidencia que surja, en el período probatorio o en el momento de fallar, la práctica de todas aquellas que estime procedentes para verificar las afirmaciones de las partes y el de segunda practicará aquellas que sean necesarias para aclarar puntos oscuros o dudosos en el proceso.

"La resolución que se dicte es irrecurrible y si se tratare de la declaración de testigos en ella expresará el juez las razones por las cuales tuvo conocimiento de la posibilidad de dicho testimonio.

"La respectiva diligencia se practicará previa notificación a las partes para que concurran a la diligencia si así lo estiman conveniente.

"Los gastos que impliquen la práctica de estas pruebas serán de cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas.

"Serviram-lhe de paradigma os Códigos da Austria, da Alemanha e de Portugal; nesses diplomas, bem como nos trabalhos preparatorios de revisão legislativa feitos na Itália, foi o legislador buscar a soma de experiencias e encontrar os altos horizontes, que a ciencia pudera dilatar, a fim de construir uma sistemática de fecundos resultados práticos".

[18] "Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction, légalment admissibles".

[19] La numeración de este artículo corresponde a la establecida en la resolución 1° de 30 agosto 2001 de la "Comisión de Gobierno, justicia y asuntos constitucionales de la asamblea legislativa y el pleno de la Corte Suprema de Justicia", mediante la cual se adopta el Texto Único del Código Judicial de la República de Panamá, ordenado por el artículo 108 de la ley 23 de 1° junio 2001.

"El juez debe, en cualquier momento, ordenar de oficio la repetición o perfeccionamiento de cualquier prueba, cuando ha sido mal practicada o sea deficiente".

J. Venezuela

En Venezuela, el Código de Procedimiento Civil, expedido el 22 de enero de *1986*, reza:

"*Artículo 401*. Concluido el lapso probatorio, el juez podrá de oficio ordenar la práctica de las siguientes diligencias:

"1. Hacer comparecer a cualquiera de los litigantes para interrogarlos libremente, sin juramento, sobre algún hecho que aparezca dudoso u oscuro.

"2. Exigir la presentación de algún instrumento de cuya existencia haya algún dato en el proceso y que se juzgue necesario.

"3. La comparecencia de algún testigo que habiendo sido promovido por alguna de las partes, sin embargo, no rindió oportunamente su declaración, o la de cualquier otro que sin haber sido promovido por las partes, aparezca mencionado en alguna prueba o en cualquier acto procesal de las partes.

"4. Que se practique inspección judicial en algún lugar, y se forme un croquis sobre los puntos que se determinen; o bien se tenga a la vista un proceso que exista en algún archivo público y se haga certificación de algunas actas siempre que en el pleito de que se trate haya alguna mención de tal proceso y tengan relación el uno con el otro.

"5. Que se practique alguna experticia sobre los puntos que determine el tribunal, o se amplíe aclare la que existiere en autos.

"El auto en que se ordenen estas diligencias, fijará el término para cumplirlas y contra él no se oirá recurso de apelación. Cumplidas las diligencias, se oirán las observaciones de las partes en el acto de Informes".

K. Uruguay

En Uruguay, el Código General del Proceso (ley 15.982 de 18 octubre 1988), mediante el que se recoge el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica —redactado ese mismo año por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal—, establece:

"*Artículo 24. Facultades del tribunal*. El tribunal está facultado:(...)

"4. Para ordenar las diligencias necesarias al esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes.

"*Artículo 125. Deberes del tribunal*. (...)

"2. El tribunal deberá emplear las facultades y poderes que le concede este código para la dirección del proceso y la averiguación de la verdad de los hechos alegados por las partes; la omisión en el cumplimiento de estos deberes le hará incurrir en responsabilidad. (...)

"*Artículo 139. Carga de la prueba.* Corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión.

"La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal ni a su apreciación, conforme con las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias de la prueba. (...)

"*Artículo 193. Pruebas posteriores a la conclusión de la causa.* Concluida la audiencia y al retirarse el tribunal para considerar su decisión, no se admitirá ninguna otra prueba en la instancia.

"El tribunal podrá disponer, en el mismo acto en que se efectúe ese anuncio, diligencia para mejor proveer, debiendo dejar expresa constancia de las razones por las cuales no dispuso su diligenciamiento de oficio, durante el trámite del proceso. (...)

L. Perú

En Perú, el Código Procesal Civil, entrado en vigencia el 28 de julio de *1993*, y proferido mediante decreto legislativo[20] 768 —pocos meses antes de la expedición de la nueva Constitución de 1993—, establece:

"*Artículo 194. Pruebas de oficio.* Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes.

"Excepcionalmente, el juez puede ordenar la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia de pruebas o a una especial".

M. España

Recientemente, con la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil española (ley 1ª de 7 enero 2000), en cuya exposición de motivos se lee:

[20] La Constitución de Perú de 1979 establecía en su art. 188: "El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre las materias y por el término que especifica la ley autoritativa. Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley".

"De ordinario, el proceso civil responde a la iniciativa de quien considera necesaria una tutela judicial en función de sus derechos e intereses legítimos. Según el principio procesal citado —principio de justicia rogada o principio dispositivo—, no se entiende razonable que al órgano jurisdiccional le incumba investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados como configuradores de un caso que pretendidamente requiere una respuesta de tutela conforme a derecho".

Sin embargo, en contradicción sustancial con lo anterior, establece las pruebas de oficio en términos con los que se respeta formalmente el principio dispositivo[21], en los artículos 282, 429 y 435, que rezan:

"*Artículo 282. Iniciativa de la actividad probatoria.* Las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley. (...)

"*Artículo 429. Proposición y admisión de la prueba. Señalamiento del juicio.*

[21] Similar orientación se aprecia en la *Zivilprozessordnung* alemana de 1877, que en versión de la publicación de 12 septiembre 1950, establece:

"*§139. Deber de esclarecimiento judicial.* El presidente debe hacer que las partes se pronuncien de forma íntegra sobre los hechos relevantes y efectuar las peticiones pertinentes, en especial completar también datos insuficientes de los hechos invocados y señalar los medios de prueba. Con este objeto, siempre que sea necesario, discutirá el asunto y el litigio con las partes y hará preguntas sobre el aspecto fáctico y jurídico del conflicto".

Al respecto Adolf Wach comentó:

"Un medio eficaz de dirección del proceso por el juez consiste en el derecho de preguntas, que confiere la CPO. §§ 130, 464, 465 ap. 2, 468. Debe servir, sobre todo, para disipar dudas sobre la voluntad de los litigantes y la materia litigiosa. Es un medio de información, no de inquisición.

"El derecho de preguntas comprende el derecho no solo de hacer preguntas a la parte, sino de hablar con ella en general. Es un recurso para reconocer como tales las afirmaciones enredosas, frívolas, mentirosas, para aclarar la manifestación torpe y confusa de la voluntad de la parte, o para instigar a la sustanciación de peticiones no sustanciadas y al ofrecimiento de pruebas, respecto de afirmaciones no probadas que necesitan prueba. *Ello no significa violación de la máxima dispositiva, sino ejercicio del deber del* juez; significa que se expone la situación jurídica y se advierte a la parte sobre la importancia jurídica de su alegato. El juez debe sentencia a base de los alegatos de las partes. Pero entonces debe permitírsele decir a la parte: tu alegato es incompleto, incomprensible en este o en aquel punto, no está probado; si quieres vencer, complétalo, acláralo, pruébalo. El complemento y la prueba no es función del juez" (Adolf Wach, *Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1958).

"1. Si no hubiese acuerdo de las partes para finalizar el litigio ni existiera conformidad sobre los hechos, la audiencia proseguirá para la proposición y admisión de la prueba.

"Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes *indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrán verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente*.

"En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal (...).

"*Artículo 435. Diligencias finales. Procedencia* (...).

"2. Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos.

"En este caso, en el acto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias o motivos".

Sobre el alcance de tales normas, la doctrina ha dicho:

"Con esta regulación se está permitiendo que el tribunal pueda «dar un vuelco a la proposición de prueba ya verificada en la audiencia previa» (FAIRÉN), pese a que en la doctrina hay quien considera que no se trata de una manifestación de verdadera prueba de oficio lo que permite este precepto sino que se restringe tan solo a la facultad de advertencia del tribunal a las partes, a diferencia de la norma especial del art. 282, que permite al tribunal acordar prueba de oficio (MONTERO).

"A diferencia de la primera manifestación de la facultad de advertencia por el tribunal, aquí se está permitiendo que el tribunal señale la prueba o pruebas cuya práctica se considere conveniente, facultad mucho más incisiva que la anterior, y que resulta complementaria de lo que el art. 282 proclama, dado que si en este precepto se apunta que cabrá la prueba de oficio en aquellos supuestos en que la ley lo consagre —como sucede, por ejemplo, con lo que prescribe el art. 752.1.II, en el que se proclama la prueba de oficio en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y

menores— es en el art. 429.1,II, donde expresamente encontramos una manifestación de esa prueba de oficio"[22].

Desde la perspectiva con que hemos enfocado este trabajo, habrá que decir que el artículo 429.1, inciso segundo, que aparece transcrito con anterioridad y que se encuentra clasificado en la audiencia previa al juicio, es desde el punto de vista probatorio más rico que escuetamente las pruebas de oficio.

El compromiso cognoscitivo del tribunal es total, pues no podrá decretar pruebas de oficio con sustento en una intuición, que lleva a que muchas veces se decreten sin profundizar su verdadera necesidad, sino que en la norma se establece el deber de indicar qué hechos pueden verse afectados por la insuficiencia probatoria, e indicar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente.

Lo dicho supone estudio del tribunal para poder llegar a la conclusión de que existen vacíos cognoscitivos y poder afirmar que se requieren determinadas pruebas. Hay que entender la palabra "podrá", como un deber, solo que no se puede usar en la redacción. Y es poder-deber, cuando existe el vacío probatorio ya indicado.

Y por último, en Venezuela, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo promulgada el 13 de agosto de 2002 (Gaceta Oficial 37.504) establece:

"*Artículo 71*. Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la evacuación de medios probatorios adicionales, que considere convenientes.

"El auto en que se ordenen estas diligencias fijará el término para cumplirlas y contra él se oirá recurso alguno".

[22] SILVIA BARONA VILAR y otros. *El proceso civil*, vol. IV (referido al Libro II: arts. 387 a 447), Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2001.

Capítulo XII

ANTECEDENTES DE LA CONSAGRACIÓN DE LAS PRUEBAS DE OFICIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Para iniciar el examen del ordenamiento jurídico colombiano, se hizo un detallado estudio de los antecedentes del Código Procesal del Trabajo (proyectos de Código de Procedimiento Laboral presentados en el decenio del cuarenta, debates parlamentarios surtidos con ocasión de estos y situación política existente en nuestro país en tal momento histórico), puesto que mediante tal codificación fueron introducidas las pruebas de oficio al proceso colombiano.

Las pruebas de oficio fueron consagradas por primera vez entre nosotros en el Código Procesal del Trabajo (decr. 2158 de 1948); por este motivo hemos de revisar detalladamente sus antecedentes, para conocer la fuente que inspiró su consagración.

La necesidad de regular lo referente a los asuntos laborales fue determinada por las condiciones de alteración en que se hallaba el país en el decenio del cuarenta, que llevó a la declaratoria del estado de sitio por el presidente Alfonso López, en cuya vigencia fue expedido el decreto 2350 de 1944.

En el citado decreto, el gobierno dictó disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos, jurisdicción especial del trabajo y su procedimiento. En cuanto a este último aspecto, estableció que sería oral, sin referirse o insinuar de manera alguna el principio inquisitivo en materia de pruebas, puesto que como se dijo en la misma circular:

"El nuevo estatuto no será, pues, elogiado como revolucionario por quienes profesan principios extremos o utópicos, ni recibido como reaccionario por los que no quieren desprenderse de ninguna ganancia a favor de una equitativa distribución de la riqueza... Pero el gobierno no ha estado buscando, ni busca, sino un régimen de paz social, y eso es lo que cree alcanzar con este decreto"[1].

[1] *Diario Oficial*, año LXXX, núm. 25.659, Bogotá, 3 octubre 1944.

Sin embargo, tales disposiciones dejaron de regir una vez levantado el estado de sitio, puesto que fueron dictados con base en las facultades concedidas por el artículo 121 de la Constitución de 1886.

No obstante, la necesidad de regular la materia laboral seguía latente; por este motivo fue expedida la *ley 6ª de 1945*, cuyo artículo 67 facultó al presidente para señalar normas de procedimiento laboral. Sin embargo, el presidente no las empleó y encargó de tal tarea a Adán Arriaga Andrade (ministro de Trabajo) y a Juan Francisco Mújica, que redactaron un proyecto que constaba de 658 artículos, presentado a la Cámara el 20 de julio de 1945, en cuya exposición de motivos el ministro sostuvo:

"Para no haber usado oportunamente esas facultades, podría aducirse lo ingente de la labor encomendada y el corto tiempo asignado para cumplirla; sin embargo, el hecho de presentar ahora un proyecto completo de Código Procesal del Trabajo, evidencia que las causas fueron otras. Tal, la necesidad de no conformarnos con retoques o enmiendas al procedimiento civil en vigencia, sino de intentar una transformación fundamental del procedimiento civil"[2].

Tal proyecto, además de innumerables innovaciones, contemplaba las facultades oficiosas del juez en los siguientes términos:

"*Artículo 155*. Las pruebas se practican a petición de las partes contendientes, y en su caso, del agente del ministerio público o del sindicato; pero el juez también puede acordarlas de oficio, siempre que lo haga estrictamente dentro del ámbito de los hechos sometidos a discusión.

"Sobre las pruebas así aducidas, el juez debe fundar la decisión, salvo en los casos expresamente exceptuados por la ley.

"Sin embargo, el juez puede fundar también la decisión, sin necesidad de pruebas, en los conocimientos de hecho que se encuentran comprendidos en la experiencia común".

"*Artículo 158*. En cualquier estado e instancia del proceso, el juez está facultado para ordenar la comparecencia personal de las partes, a fin de interrogarlas libremente sobre los hechos de la causa. Las partes pueden ser asistidas, para este evento, por sus apoderados"[3].

[2] *Anales del Congreso*, año I, núm. 40, Bogotá, 1º octubre 1945-Cámara.

[3] *Jurisdicción Especial del Trabajo*, Ministerio del Trabajo, Imprenta Nacional, 1945 (también se halla publicado en los Anales de la Cámara de 1945, pág. 981).

Nótese que este artículo es una reproducción literal del artículo 117 del *Codice di Procedura Civile* italiano de 1940.

De acuerdo con lo consignado en el acta número 3 de la Comisión primera de la Cámara[4], el presidente de esta nombró como ponente al representante Diego Tobón Arbeláez, que en magnífica ponencia, refiriéndose a las razones que tuvo el ejecutivo para abstenerse de usar las facultades que le habían sido conferidas por la ley 6ª de 1945, sostuvo:

"Al excusarse el Gobierno de no haber hecho uso de la facultad que se le confirió para dictar las normas procesales del trabajo, (...) conviene reconocer la prudencia con que obró, porque en verdad el proyecto no se ajusta a la idea ni al contenido de la autorización otorgada por la ley 6ª. Al ser más ambicioso busca una transformación fundamental en el sistema de nuestros procesos civiles, reduciéndola a la cuestión del trabajo por ser en esta en la que ha hallado la oportunidad de hacerlo"[5].

Teniendo en cuenta el rumbo tomado por la legislación posterior en materia procesal civil, es menester resaltar que el hecho de que el decreto 1400 de 1970 hubiese acogido los principios que este proyecto exponía no es en manera alguna casualidad, puesto que tal situación había sido ya prevista, según lo expuso el ponente del proyecto:

"...los redactores del proyecto sometido a nuestra consideración, científicamente convencidos de la vetustez de nuestras instituciones procesales, pretenden dar un paso radical y definitivo hacia su cambio, mediante el total aprovechamiento de la oportunidad que les presta la regulación de los procedimientos del trabajo, sentando así las bases para el desechamiento futuro del sistema escriturario, y la adopción del oral, con inspiración en los Códigos más recientes de este último tipo que se han implantado en el mundo: el italiano y el brasileño.

"[...]

"[Sin embargo], el arte de legislar, en sí tan delicado, debe ejercitarse con tan cuidadosa estimación de los elementos que lo condicionan, que no se puede romper un sistema inesperadamente, sino que hay que ir creando las circunstancias favorables al proceso legislativo. Si no se obra así, vendría el fracaso y con este, en lugar del progreso buscado, la paralización y el aniquilamiento que en cuestiones sociales es retroceso.

"[...]

"No se trata ahora de hacer la reforma total del procedimiento, ni tal es el problema que tiene planteado el Parlamento. Hay un hecho evidente que consiste en la necesidad de dar a las cuestiones del trabajo un régimen

[4] *Anales del Congreso*, año I, núm. 4, Bogotá, 18 agosto 1945-Cámara.

[5] *Anales del Congreso*, año I, núm. 40, Bogotá, 1º octubre 1945-Cámara.

procesal especial, y a esto ha de reducirse por ahora la obra del legislador. Un régimen que por sus características iniciara la transformación de nuestro derecho procesal, pero que no la efectuara totalmente, ni podría hacerlo, porque al intentarla parcelaríamos peligrosamente nuestro sistema legal, comprometeríamos la jurisdicción especial del trabajo y cualquier progreso futuro"[6].

En torno al punto específico referido a la adopción del principio inquisitivo, el ponente sostuvo:

"En el derecho procesal se opone el principio inquisitivo al dispositivo, pues según este se «supone que en derecho procesal civil pesa sobre las partes la carga de proporcionar los fundamentos de la sentencia mediante sus actos de postulación» (GOLDSCHMIDT), mientras que por aquel se confiere potestad al juzgador para obtener todos o algunos de los fundamentos para el acto que va a ejecutar mediante su actividad oficiosa.

"Hay derechos cuyo ejercicio no lleva envuelto sino el interés de la individualidad en quien residen, pues la abstención para actualizarlos no ocasiona perturbación social, la cual solo ocurre cuando ante la voluntad de ejercerlos se opone la acción negativa de quien es obligado por ellos. En cambio otros derechos llevan consigo un eminente interés social, de tal manera que su ejercicio y su plena vigencia no son indiferentes para la sociedad. Tal sucede con el derecho que se deriva del trabajo, constituido por normas que la sociedad considera indispensables para su subsistencia.

"Todo derecho se condiciona por hechos, y estos también fundamentan el acto jurisdiccional. Si la norma ha de cumplirse siempre, el juzgador no puede ser el testigo impasible de los actos de postulación de las partes, al menos en cuanto a la reunión de los elementos que establezcan los hechos para fundamentar su decisión. Si bien el principio dispositivo impera para la formulación de la demanda, no podría subsistir para las pruebas, y al juez debe dársele la facultad de provocar, fuera de las que le suministren las partes, aquellas que estime conducentes para la formación de su convicción".

Finalmente, propuso en su pliego de modificaciones, que el artículo 155 del proyecto quedase así:

"*Artículo 155*. El juez podrá decretar de oficio las pruebas que juzgue necesarias para llegar al conocimiento exacto de los hechos sobre los cuales se producirá su decisión la actuación de la ley"[7].

[6] *Anales del Congreso, cit.*

[7] *Ibidem.*

Simultáneamente al rechazo de tal proyecto, fue expedida la *ley 75 de 1945*, en la que se estableció que mientras no se promulgara el Código de Procedimiento del Trabajo, estos asuntos se tramitarían por el proceso verbal regulado en el Título XLVI del Libro II de la ley 105 de 1931.

Al reglamentar tal ley, el ejecutivo expidió el decreto 969 de 27 de marzo de 1946, que contenía un verdadero procedimiento del trabajo, considerado una afortunada síntesis del proyecto del doctor Juan Francisco Mújica, que sin embargo no tuvo mayor aplicación, puesto que habiendo entrado en vigencia el 15 de abril, fue anulado por el Consejo de Estado en providencia del 19 de julio de 1946, al considerar que tal excedía la facultad reglamentaria.

El día siguiente, al comenzar las sesiones ordinarias del Congreso, el contenido del decreto 969 fue presentado como proyecto de ley por el ministro Adán Arriaga Andrade; sin embargo, también fue rechazado. Tal proyecto establecía:

"*Artículo 34*. Además de las pedidas, el juez puede ordenar, a costa de una de las partes, o de ambas, según el caso, la práctica de todas aquellas que, a su juicio, sean indispensables para el completo esclarecimiento de los hechos controvertidos".

La ponencia de este proyecto correspondió al representante Andrés Rivera Tamayo[8], que refiriéndose al principio inquisitivo acogido en materia de pruebas sostuvo:

"La facultad que se otorga al juez para ordenar la práctica de las pruebas no pedidas por las partes, es indudablemente peligrosa porque se presta a que el juez asuma el papel de parte en el juicio. Empero, el ponente no pide su exclusión, pues comprende que la jurisdicción del trabajo debe ir más allá de la civil, tanto por la materia que es de orden público, como por la calidad de las partes, que es limitada en recursos y facultades, y porque suelen ponerse en juego ardides que es preciso contrarrestar. Es tan grave esta facultad que de su buen o mal empleo por los jueces depende en mucha parte que se acredite o se haga vituperable en nuestro país la justicia laboral"[9].

En el año siguiente, durante la presidencia de Mariano Ospina, fue presentado un nuevo proyecto de Código de Procedimiento Laboral cuyo texto aún no se discutía, cuando en abril de 1948 fue asesinado el caudillo libe-

[8] De acuerdo con la información contenida en *Anales del Congreso*, año I, núm. 6, Bogotá, 27 julio 1946-Cámara.

[9] *Anales del Congreso*, año I, núm. 95, Bogotá, 12 noviembre 1946-Cámara.

ral Jorge Eliécer Gaitán, lo que generó graves disturbios y llevó a la declaratoria de estado de sitio. Tal proyecto establecía:

"*Artículo 41*. Además de las pruebas pedidas, el juez podrá ordenar a costa de una de las partes, o de ambas, según el caso, la práctica de todas aquellas que a su juicio, sean indispensables para el completo esclarecimiento de los hechos controvertidos"[10].

El Congreso se había negado entonces a expedir el Código Procesal del Trabajo durante tres legislaturas seguidas (1945 a 1947).

Siendo esta la situación, el gobierno, basado en las facultades que le concedía el artículo 121 de la Constitución de 1886, expidió el decreto 2158 de 1948, actual Código Procesal del Trabajo, cuyo texto fue convertido en norma legal permanente, de acuerdo con la autorización dada por la *ley 90 de 1948*, mediante el *decreto 4133 de 16 de diciembre de 1948*[11].

El decreto 2158 de 1948, actual Código Procesal del Trabajo, reza:

"*Artículo 54. Pruebas de oficio*. Además de las pruebas pedidas, el juez podrá ordenar a costa de una de las partes, o de ambas, según a quien o a quienes aproveche, la práctica de todas aquellas que a su juicio sean indispensables para el completo esclarecimiento de los hechos controvertidos".

Teniendo en cuenta que el artículo 54 del Código Procesal del Trabajo representa el ingreso a nuestro ordenamiento jurídico de las pruebas de oficio y, sobre todo, de la filosofía en que estas se basan, el anterior estudio nos muestra varios aspectos históricos importantes para comprender cabalmente sus actuales características. Tales son:

✓ La necesidad de modificar los principios informadores del derecho procesal vigente se hizo evidente entre nosotros por primera vez en el campo laboral, puesto que en tal momento histórico la tensión existente en las relaciones entre patronos y trabajadores precisaba para su solución una jurisdicción y una regulación particulares.

✓ Tal problema se solucionó provisionalmente con la expedición del decreto 2350 de 30 de septiembre de 1944, que por haber sido dictado durante el período del estado de sitio, perdió su efecto una vez levantado este.

✓ En vista de que tal problema continuaba, el Congreso expidió la ley 6ª de 1945, mediante la cual le otorgó facultades extraordinarias al presidente para que dictase normas procesales en materia laboral; no obstante su necesidad, el ejecutivo no las empleó.

[10] *Anales del Congreso*, año I, núm. 4º, Bogotá, 24 julio 1947-Cámara.

[11] Gregorio Rodríguez Camargo, *Curso de derecho procesal laboral*, Bogotá, Ed. Librería del Profesional, 1978.

✓ En la legislatura siguiente, el gobierno, representado por el entonces ministro de Trabajo Adán Arriaga Andrade, le presentó al Congreso un proyecto de Código Procesal del Trabajo elaborado por el doctor Juan Francisco Mújica.

✓ Tal proyecto puede considerarse históricamente como el introductor del principio inquisitivo en materia de pruebas y de otros principios y tendencias procesales modernas al ordenamiento jurídico colombiano.

✓ Teniendo en cuenta que tal proyecto fue rechazado, y que posteriormente el gobierno expidió el decreto 969 de 1946, ha de resaltarse que si bien es cierto que el proyecto del doctor Mújica introdujo el principio inquisitivo, la redacción actual del artículo 54 del Código Procesal del Trabajo corresponde a la del mencionado decreto.

✓ En vista de la agitación social existente en el territorio nacional en 1948, el gobierno declaró el estado de sitio; en este período expidió el decreto 2158, que fue convertido posteriormente en norma legal permanente.

Capítulo XIII

PRUEBAS DE OFICIO EN MATERIA CIVIL

En este capítulo haremos un examen general del desarrollo legal que, en materia procesal civil, han presentado las facultades inquisitivas del juez; y haremos una reseña evolutiva de la interpretación que de ellas ha hecho la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

A) *Antecedentes históricos*

En nuestro ordenamiento jurídico, el primero de sus antecedentes lo constituye el artículo 600 del Código Judicial (ley 105 de 1931), que reza:

"*Artículo 600.* El juez o tribunal que vaya a fallar definitivamente un asunto en segunda instancia puede dictar un auto para mejor proveer con el solo objeto de que se aclaren los puntos que juzgue oscuros o dudosos, dentro de un término que no puede pasar de veinte días más el de la distancia.

"Durante este término, se suspende el que tiene el juez o tribunal para fallar.

"Contra esta clase de providencias no se admite recurso alguno, y las partes no tienen en la ejecución de lo acordado mas atribución que la que el juez o el tribunal les conceda".

En cuanto a la interpretación del precepto citado, es notable la labor cumplida por la jurisprudencia, encaminada a hacer efectiva esta facultad oficiosa excepcional dada al juez[1] en un proceso civil de carácter eminen-

[1] En este sentido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, en auto de fecha 4 julio 1939, sostuvo: "Es de lógica jurídica considerar que el artículo 600 del C. J. comprenda no solo asuntos definitivos en segunda instancia, sino los que solo tienen una instancia, porque en ambos eventos se producen los mismos resultados. Con el criterio contrario, no cabría un auto para mejor proveer en ciertos negocios de importancia suma, como lo son muchos de los juicios ordinarios adscritos a la competencia de la sala civil de única instancia. Semejante interpretación contraría el querer del artículo 472.

"Se dice también que el auto para mejor proveer es solo para aclarar puntos oscuros y que se juzguen dudosos, y que por consiguiente no pueden proferirse para aportar

temente dispositivo; no obstante, ha de resaltarse la imposibilidad de ampliar su reducido alcance por esta vía, dada la clara y precisa redacción del artículo en comento, que por ser injerencia oficiosa dentro de un proceso típicamente dispositivo, fue tímida y sutil en sus términos.

B) *El decreto 1400 de 1970*

Posteriormente, el Código Judicial fue derogado por el decreto 1400 de 1970, que en sus artículos 179 y 180 instituyó un sistema inquisitivo en materia de pruebas.

"*Artículo 179. Prueba de oficio y a petición de parte.* Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte, o de oficio cuando el magistrado o juez las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. Sin embargo, para decretar de oficio la declaración de testigos, será necesario que estos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes.

"Las providencias que decreten pruebas de oficio no admiten recurso alguno. Los gastos que implique su práctica serán a cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas".

"*Artículo 180. Decreto y práctica de pruebas de oficio.* Podrán decretarse pruebas de oficio, en los términos probatorios de las instancias y de los incidentes, y posteriormente, antes de fallar.

"Cuando no sea posible practicar estas pruebas dentro de las oportunidades de que disponen las partes, el juez señalará para tal fin una audiencia o un término que no podrá exceder del que se adiciona, según fuere el caso".

C) *Evolución de la jurisprudencia*

En torno a las profundas implicaciones, tanto teóricas como prácticas, de lo establecido en los artículos 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil, se ha dado una importante evolución jurisprudencial en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia que evidencia su constante esfuerzo por dotar de eficacia práctica estos preceptos.

En un primer momento, la Corte Suprema de Justicia exhortó a los jueces para que hiciesen uso de las facultades concedidas por el legislador

---

probanzas. Si se constriñe el juzgador de esta manera, ningún objeto práctico tendría tal providencia, porque ella va siempre encaminada a obtener algún dato que esclarezca o disipe dudas, y ese dato naturalmente, al llegar al proceso, se estima como elemento de convicción" (Auto S. de N. G., 4 julio 1939, t. XLVIII, pág. 938).

resaltando la importante función del juez en la búsqueda de la verdad material; así, por ejemplo, en providencia del 22 de enero de 1974, con ocasión de un proceso de filiación natural, la Corte con evidente entusiasmo sobre las importantes facultades otorgadas a los jueces por el nuevo estatuto de procedimiento civil, dijo:

"El objeto de los procedimientos, como lo declara llanamente el artículo 4º del Código de Procedimiento Civil, es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Este principio de hermenéutica del derecho procesal compasa plenamente con la finalidad del derecho que es alcanzar la justicia en las relaciones que surgen entre las personas. Movida por tal ideal y acogiendo los nuevos rumbos de la legislación civil colombiana, la Corte se ve obligada a reclamar expresamente de los jueces y magistrados el cumplimiento de los deberes que les imponen las leyes de procedimiento, relativamente a la debida y eficaz producción de las pruebas, en especial de la testimonial, y a exhortarlos con vehemencia para que ejerzan, con segura autoridad, la importante facultad de decretar, siempre que ello sea menester, pruebas de oficio para que se alcance la realización del derecho material debatido.

"No es posible que frente a la radical reforma que contienen las nuevas leyes de enjuiciamiento civil, continúe la inveterada pasividad de nuestros jueces. Ante los imperativos del nuevo Código de Procedimiento, es necesario desterrarla para que el juez, conservando la imparcialidad que debe guardar frente a las partes, tome partido a favor de la justicia, interviniendo decisivamente en la búsqueda de la verdad, para que sus fallos se funden en la realidad, en la verdad histórica, y no, como antes, en una simple verdad formal"[2].

Posteriormente, y con la clara intención de ampliar el reducido alcance que le daban algunos intérpretes, entendió que lo allí preceptuado no era una "facultad", sino un "deber"[3], y dijo:

"En un trascendental viraje en materia de derecho probatorio, el actual estatuto procedimental se despojó del principio dispositivo y acogió el inquisitivo, fundado en la lógica y obvia razón de que a pesar de que en el común de los procesos se controvierten intereses privados, la justicia no

[2] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 22 enero 1974, con ponencia del doctor Germán Giraldo Zuluaga.

[3] Similar interpretación ha hecho de manera aislada la jurisprudencia mexicana, refiriéndose a los artículos 278 y 279 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Así por ejemplo, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Novena época. Providencia de 6 julio 1995. Ponente: licenciado Mauro Miguel Reyes Zapata. Amparo directo 3354 de 1995.

puede volverle la espalda al establecimiento de la verdad material enfrente de los intereses en pugna, asumiendo una posición eminentemente pasiva, si encuentra que decretando pruebas de oficio puede a la postre mediante ellas verificar los hechos alegados por las partes y lograr que en definitiva brille la verdad y, por tanto, se imponga la justicia. Fundado en este criterio, no es facultativo del juzgador decretar pruebas de oficio, sino que en toda ocasión, en la debida oportunidad legal, en que los hechos alegados por las partes requieren ser demostrados, así la parte que los alega hubiese sido desidiosa en esa labor, es un deber del juzgador utilizar los poderes oficiosos que le concede la ley en materia de pruebas, pues es este el verdadero sentido y alcance que exteriorizan los artículos 37-4, 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil"[4].

En la misma providencia se pone de presente un desarrollo adicional importante relativo al alcance de la facultad oficiosa del juez, con ocasión del cargo formulado por el impugnante, que consideró que el tribunal incurría en yerro de derecho al darle valor a pruebas testimoniales, recibidas fuera de los términos que la ley señala para tal fin; en desarrollo del cargo sostuvo: "Si el funcionario antes de dictar sentencia decreta, mediante una providencia la práctica de pruebas de oficio, queda inhibido para decretar nuevamente, por virtud de otra providencia, más pruebas de oficio, o sea que la facultad se ejerce solamente una vez, y no cuantas a bien tenga el funcionario. De tal suerte, que las pruebas que tengan origen en el segundo o tercer proveído no deben tenerse en cuenta en el momento de fallar, por cuanto fueron decretadas cuando ya el funcionario respectivo carecía completamente del derecho o facultad para ordenarlas".

Al resolver este cargo, la Corte rechazó la interpretación notoriamente restrictiva propuesta por la censura, y sostuvo:

"En el punto que se viene analizando, ha sostenido la jurisprudencia de la Corte: «En verdad..., que de conformidad con lo establecido en el artículo 361 del Código de Procedimiento Civil, en el trámite de la apelación de una sentencia, solo le es posible a las partes pedir la práctica de pruebas en los cinco casos contemplados en esa norma.

"»Adviértese al rompe [*sic*] que las limitaciones consagradas en el canon citado se refieren únicamente a las partes, como claramente se dice en el primer inciso. El precepto no es limitativo de la amplia potestad que, según el artículo 180 del Código de Procedimiento Civil, tiene el juez o el tri-

[4] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 26 octubre 1988. M. P.: Alberto Ospina Botero.

bunal de conocimiento para decretar pruebas de oficio no solo en los términos probatorios de las instancias, sino también 'posteriormente, antes de fallar'.

"»Frente al ordenamiento procesal que gobierna hoy la facultad de aducir pruebas, esta no es de iniciativa exclusiva de las partes. Hoy el juez tiene la misma iniciativa y más amplia, pues las limitaciones que la ley impone a las partes en el punto, no lo cobijan a él, puesto que su actividad no está guiada por un interés privado como el de los contendientes, sino uno público, de abolengo superior, cual es la realización de la justicia, uno de los fines esenciales del Estado moderno» (sents. 12 febrero 1977; 22 julio 1985, aún no publicada).

"Entonces, según la jurisprudencia de la Corte, que tiene claro soporte en la ley, bien puede el juzgador decretar pruebas de oficio no solo en los términos probatorios de las instancias, sino posteriormente, por fuera de los mismos, antes de fallar, sin que el ordenamiento, para verificar la verdad, lo hubiera circunscrito a una sola o única ocasión antes del proferimiento del fallo".

Sin embargo, con posterioridad a la expedición de la Constitución de 1991 la Corte Suprema de Justicia concibe y desarrolla la posibilidad, aunque excepcional, de configuración del error de derecho por omisión del decreto de pruebas oficiosas.

El primer antecedente de tal planteamiento lo constituye una providencia proferida con ocasión de la impugnación de una sentencia que declaró la inexistencia de una escritura pública, por carecer esta de la firma del notario, que omitió valorar la copia auténtica de la escritura firmada por el notario actual, ante la autorización que para el efecto otorgó la Superintendencia de Notariado y Registro, por considerar que se trataba de un documento aportado al proceso con inobservancia de lo preceptuado por los artículos 174 y 183 del Código de Procedimiento Civil[5].

Se dijo en la referida sentencia lo siguiente:

" Si bien, por el interés público del proceso [la atribución de decretar pruebas de oficio], no constituye una facultad sino un deber para tales funcionarios establecido para garantizar la búsqueda de la verdad real que no

[5] La parte demandada atacó la sentencia por considerarla violatoria por la vía indirecta, por indebida aplicación del artículo 100 del decr.-ley 960 de 1970, infracción proveniente de error de derecho consistente en la violación medio por falta de aplicación de los arts. 228 de la Const. Pol., y 179 y 180 del C. de P. C., contentivo de una norma de carácter probatorio, infracciones todas relacionadas con la negativa a la apreciación de la copia auténtica de la escritura pública.

aparece en el expediente; no es menos cierto que solo le corresponde al mencionado funcionario juzgador, juez o magistrado, determinar previamente a la decisión del decreto de oficio de pruebas, cuales son las alegaciones de las partes y los hechos relacionados con estas, así como cuales de estos hechos requieren de su verificación o prueba y cuáles estima o considera útiles para tal efecto. De allí que si bien no se trata de una mera discrecionalidad del juzgador de la atribución para decretar o no decretar de oficio una prueba, sino de un deber edificado sobre el juicio y conclusión razonable *del juzgador, no es menos cierto que solo a él le compete hacer dicho* análisis y adoptar la decisión que estime pertinente de decretar o no la prueba de oficio, pues le basta decretarlas sin recurso alguno (C. de P. C., art. 179, inc. 2º) o simplemente abstenerse de hacerlo (pues, solo depende de su iniciativa). Por ello resulta explicable que no se incurra en error de derecho cuando el juez, en uso de sus atribuciones, se abstiene de decretar pruebas de oficio y, por consiguiente, no procede a darle valoración a prueba inexistente o a prueba irregularmente presentada o incorporada al proceso.

"Sin embargo, cosa distinta acontece cuando quiera que en un proceso, como el sub examine, con posterioridad a la presentación de la demanda, de una parte, sobrevenga un hecho que de manera esencial y notoria altere o extinga la pretensión inicial; y, de la otra, se aduzca o aporte, aunque sea inoportunamente, la prueba idónea de dicho hecho que no ha sido incorporada legalmente al proceso. Porque en tal evento las circunstancias objetivas, ajenas a toda negligencia o argucia de las partes, ponen de manifiesto ante el juez o magistrado la siguiente alternativa: la una consistente en adoptar decisión que, con prescindencia de la prueba irregularmente aportada, resultaría abiertamente contraria a la realidad que, de acuerdo con el hecho sobreviniente, muestra la pretensión al momento del fallo; y la otra, la de optar, previo decreto de oficio de la prueba con la correspondiente contradicción, por una decisión que puede resultar más ajustada a la nueva realidad probatoria de los hechos en que se funda la pretensión inicial. Si ello es así, corresponde al juez el deber ineludible de decretar de oficio dicha *prueba para que, una vez incorporada y controvertida legalmente en el proceso*, pueda proceder mediante su apreciación a adoptar una decisión conforme a la realidad probatoria de los hechos iniciales y sobrevinientes. Porque la atribución legal para decretar de oficio las pruebas, por las circunstancias objetivas y ostensibles que rodean el caso, imponen el deber ineludible de hacer uso de dicha atribución, pues no hay fundamento alguno para considerar inútil dicha prueba, ni para estimarla extraña a las alegaciones de las partes, sino, por el contrario, dicha prueba resulta necesaria para precaver una decisión absurda y contraria a la realidad.

"Y ello precisamente se presenta cuando frente a una pretensión inicial de inexistencia de una escritura pública determinada, fundada en la omisión de la firma notarial, le sobreviene durante el proceso, la alegación y prueba de la subsanación por orden del competente, de la firma del notario. Porque en dicho evento, al prescindirse de esta prueba (por no incorporarse legalmente) se arriesga el juzgador a adoptar una decisión relativa a la ausencia de firma del notario, cuando de acuerdo con la prueba aducida, se sugiere, a pesar de que aun no sea regular, que ella ya existe de acuerdo *con el procedimiento* posterior. Luego autorizar una decisión en este sentido no solo resulta absurda sino igualmente contraria a la realidad, porque sería permitir que se adopte una resolución sobre una prueba de una escritura que carece de la firma del notario, cuando por otra parte existe otra prueba de la misma escritura que muestra lo contrario, es decir, que sí tiene firma. De allí que la interpretación legal que autorice tal absurdo, que se consigue no decretando de oficio la referida prueba, no deba estimarse como la más acertada. Luego esta última no ha de ser otra que la de asumir el deber ineludible de dictar el decreto de oficio de la prueba correspondiente, para proceder luego a la decisión pertinente.

"Luego, bajo la inteligencia que aquí se le da al artículo 179 del C. de P. C. en armonía con el 180 ibídem, el deber de decretar de oficio una prueba asume el carácter ineludible cuando quiera que por las circunstancias objetivas (ajenas a la inteligencia y maniobras de las partes) y ostensibles del proceso, es la actitud pertinente para ajustar la realidad probatoria a los hechos sobrevinientes aducidos y probados, que impidan fallos absurdos contrarios a la realidad última alegada y probada. Si ello es así, síguese entonces que la violación de este deber que excepcionalmente se torna ineludible en este caso, constituye un quebranto a la norma de disciplina probatoria mencionada, que, a su vez, impide contrariando dicho precepto, otorgarle valoración probatoria precisamente a la prueba que, por los anteriores motivos, debió ineludiblemente ser decretada e incorporada de oficio con la consiguiente contradicción del caso. Por esta razón, excepcionalmente en este caso se incurriría en error de derecho alegable en casación cuando frente a la situación concreta mencionada, que, como se vio, supone la preexistencia de la prueba pertinente de un hecho sobreviniente, que al no ser decretado de oficio, contrariando la ley, de contera conduce al juzgador al quebrantamiento indirecto de la norma sustancial contemplada en el artículo 100 del decreto 960 de 1970"[6].

[6] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 12 septiembre 1994, con ponencia del magistrado Pedro Lafont Pianetta. Exp. 4293.

Recientemente, el planteamiento esbozado en la providencia anterior fue reiterado por la Corte Suprema de Justicia, en una providencia que casó la sentencia impugnada por haberse omitido el decreto de pruebas oficiosas; esta reiteración, por implicar una convalidación de lo expuesto en 1994, permite considerar el nacimiento, el desarrollo y, por ende, el futuro perfeccionamiento de una doctrina jurisprudencial al respecto, que la exonera de ser una sentencia excesivamente progresista y, por tanto, aislada.

Este fallo se produjo con ocasión de un proceso de responsabilidad civil extracontractual, en el que se pretendía la indemnización de los perjuicios causados por la destrucción de un cilindro de una fábrica de tejas. En el fallo impugnado, el tribunal confirmó la sentencia apelada en cuanto declaraba responsable al demandado, con la consiguiente condena por el daño emergente; sin embargo, revocó la condena atinente al lucro cesante, porque en autos no constaba la fecha en que el cilindro fue incorporado de nuevo al proceso industrial, "lo cual es de vital importancia en este asunto porque ello vendría a señalar el momento en que cesaron los perjuicios en la modalidad de lucro cesante"[7].

La parte demandante impugnó la sentencia, por considerar que el tribunal había incurrido en errores probatorios de derecho[8], por haber omitido el decreto oficioso de pruebas que eran necesarias para establecer el monto del lucro cesante e, igualmente, en abstenerse de condenar en abstracto "para que, en sentencia complementaria, y luego de la práctica de las pruebas conducentes, se determinara su cuantía".

La Corte consideró:

"Toca al demandante darse a la tarea, exigente por antonomasia, de procurar establecer, por su propia iniciativa y con la mayor aproximación que sea factible según las circunstancias del caso, tanto los elementos de hecho que producen el menoscabo patrimonial del cual se queja como su magnitud, siendo entendido que las deficiencias probatorias en estos aspectos de ordinario terminarán gravitando en contra de aquel con arreglo al art. 177 del C. de P. C., lo que sin embargo no obsta para que frente a situaciones de excepción, como a continuación pasa a verse, haciendo uso de los amplios poderes de verificación que el legislador les ha otorgado, los jue-

[7] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. 4 marzo 1998. M. P.: Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Exp. 4921.

[8] La sentencia del tribunal fue acusada por infracción de la ley a causa del error probatorio de derecho y originada en la falta de aplicación de los arts. 1030, inc. 2°, 1031 y 1032 del C. de Co., 1613 del C. C. "aplicable al ámbito mercantil según el art. 822 del C. de Co.", y, como violación medio señala los arts. 240, 307 y 308 del C. de P. C.

ces agoten de oficio la investigación completa de los hechos relevantes en el debate, evitando así fallos con contenido decisorio injusto en tanto que conformándose apenas con registrar las susodichas deficiencias, no le devuelven al acreedor perjudicado el estado patrimonial legítimamente esperado y que, por eso mismo, para nada se compadecen con los altos fines de interés social que al proceso judicial le son inherentes.

"En efecto, tomando pie en el texto de los arts. 37, num. 4, 179 y 180 del C. de P. C., durante las dos últimas décadas ha sido insistente la Corte en hacer ver que, sin ignorar naturalmente los límites de actuación que también en el campo de la prueba impone el principio dispositivo aun predominante en los procesos civiles, por mandato expreso de aquellos preceptos pesa sobre los jueces un deber de esclarecimiento oficioso en cuya virtud les compete hacer cuanto esté a su alcance, en tratándose de la comprobación integral de la cuestión fáctica en litigio, para garantizar resoluciones justas en el fondo.

"[...]

"El deber de verificación judicial oficiosa del que viene hablándose en estas consideraciones, se halla consagrado efectivamente en normas de disciplina probatoria cuya infracción, por el cauce que señala el num. 1, segundo inciso, del art. 368 del C. de P. C. y satisfechas desde luego todas las condiciones técnicas restantes de las cuales depende que una censura de esta clase pueda tener éxito («G. J.», t. cxv, pág. 117), *da lugar al recurso de casación* si debido a ostensibles particularidades que circundan la litis, constatadas objetivamente y ajenas por lo demás a cualquier manipulación fraudulenta de las partes, el uso de aquellas facultades se torna ineludible pues lejos de mediar razón atendible alguna que lleve a estimar que es inoficioso o imposible desde el punto de vista legal, un proceder de tal naturaleza, omitido por el juez o tribunal, se muestra a las claras como factor necesario para evitar una decisión jurisdiccional absurda, imposible de conciliar con dictados elementales de justicia. Esto significa, entonces, que por fuera de esta reducida moldura y para los fines propios del recurso en cuestión, ante situaciones que no tengan la entidad apuntada no puede configurarse yerro probatorio de derecho porque, en opinión del censor, era factible alguna forma de pesquisa oficiosa adicional conveniente a sus intereses.

"En efecto, si no obstante aceptarse como probada la existencia del daño en la modalidad de lucro cesante, no se logró fijar la fecha en que el cilindro fue reparado y, por ende, cesó de producirse ese menoscabo patrimonial, antes de conformarse con adoptar una solución que ante las circunstancias anotadas resulta ser esencialmente injusta, consistente en desechar

de raíz la respectiva pretensión resarcitoria de la demandante perjudicada, era deber de la corporación falladora hacer uso, en la oportunidad legal, de los poderes de verificación oficiosa con que cuenta en el ámbito probatorio para establecer, con el auxilio de peritos, el dato de hecho echado de menos en la sentencia... Al no proceder de este modo y haber dejado pasar, por inexplicable falta de atención, el único momento en que le era posible hacerlo al tenor del art. 307 del C. de P. C., el tribunal desobedeció normas vinculantes de disciplina probatoria como son las contenidas en los arts. 37 num. 4, 179 y 180 de la misma codificación recién citada, y como consecuencia de este desacierto cuya influencia decisoria es evidente, quebrantó en forma indirecta los preceptos de derecho sustancial que cita la censura, por lo tanto debe prosperar el cargo formulado".

Si bien es cierto que el desarrollo jurisprudencial ha dotado de suficiente alcance el deber del juez de decretar pruebas de oficio, en providencias posteriores es posible apreciar la intención de la Corte en fomentar un clima de confianza para que los jueces hagan uso de sus facultades oficiosas; en este sentido, recientemente sostuvo[9]:

"El Tribunal decidió decretar de oficio nuevo peritazgo no obstante obrar uno no contradicho en que se advirtió que el inmueble objeto de la pretensión principal no se puede identificar. El cargo precisa que no se discute la pertinencia del decreto de dicha prueba oficiosa sino que se «pone de presente el ánimo de probar en contrario de lo ya demostrado».

"Todo parece entonces indicar que lo que es materia de acusación como error de hecho en el cargo, consiste en que existiendo pruebas en el proceso sobre la falta de identidad entre los predios ya aludida (inspección judicial y dictamen de primera instancia) el Tribunal no tenía por qué decretar prueba oficiosa alguna adicional en relación con lo mismo, sino estarse a lo ya demostrado.

"Si es tal, pues, el contenido de la acusación, no hay duda para la Corte de la improsperidad de la misma, pues como insistentemente lo ha dicho esta Corporación, el error fáctico en materia probatoria está asociado ex-

[9] La providencia en la que se hacen estos planteamientos fue proferida con ocasión de un proceso en el que el actor solicitó se le declare propietario de un predio, una parte del cual estaba siendo poseída por el demandado, que solicitó en demanda de reconvención la declaración de pertenencia. Dado que se acreditaron los presupuestos axiológicos para el buen suceso de la acción reivindicatoria, se ordenó la entrega de dicho inmueble, al tiempo que se declaró no probada la excepción de prescripción y se negaron las pretensiones de la demanda de reconvención. El demandado atacó en casación la sentencia por considerar que "no era posible" la identificación del inmueble sobre el que el actor alegaba dominio.

clusivamente con la apreciación material de los medios de convicción bien por preterición, bien por adulteración del contenido de alguno o todos los que obran en el proceso, o ya porque se supongan estos como actuantes en él sin estarlo en realidad; de manera que por fuera de estos defectos, como lo hace el recurrente, no puede formularse dicho yerro, por lo que de esta manera la acusación se reciente [*sic*] formalmente en su formulación.

"[...]

"Prescindiendo el aspecto técnico de la acusación, esta tampoco está llamada a abrirse paso por el alcance de su contenido, pues si la contraevidencia de la decisión es lo que constituye el fundamento legal del error probatorio de hecho, el juzgador de instancia no incurre en él ni en ninguna otra irregularidad cuando en procura de establecer la verdad histórica del proceso, no se atiene a las pruebas ya practicadas sino que juzga pertinente decretar oficiosamente otras diferentes, así el resultado de estas sea contrario al de aquellas, ni cuando se aparta de estas últimas para formar su convicción solo con respaldo en las oficiosas, pues en tal circunstancia su conclusión sobre los hechos jamás es arbitraria o inconsulta de la realidad de los acontecimientos. De una parte, porque ese proceder encuentra sustento en el artículo 179 del C. de P. C., que así le impone actuar sin más requisitos que considerar que las pruebas oficiosamente decretadas son «útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes»; y, de otra, porque, como lo ha reiterado la Corte, el juzgador de instancia goza de discreta autonomía en la apreciación de las pruebas, lo que le permite otorgar mayor o menor credibilidad a unas respecto de otras, según sea el grado de convicción que le ofrezcan, sin que con ello esté desconociendo la realidad del proceso"[10].

[10] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 21 enero 2000, M. P.: Nicolás Bechara Simancas, Exp. 5346.

Capítulo XIV

PRINCIPIOS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE PRUEBAS DE OFICIO EN LO CIVIL

En este aparte empleamos los mismos pronunciamientos mencionados en *Evolución jurisprudencial*, pero el método empleado y la forma de su presentación obedecen a un interés pragmático, en el sentido de que se extractan principios con perspectiva argumentativa concreta, obviamente eventual.

1. El juez puede oficiosamente ordenar la práctica de las pruebas que las partes pidieron extemporáneamente o sin llenar los requisitos exigidos por ley para su decreto[1]

"Y como ahora en el proceso se ejercita una actividad pública y no meramente privada, en su magisterio de encontrar la verdad verdadera, para que el derecho se realice cabalmente puede el juez decretar pruebas de oficio y entre estas ordenar la práctica no solo de las que a él exclusivamente se le ocurran, sino también de las que las partes pidieron extemporáneamente o las que solicitaron sin llenar los requisitos exigidos por la ley para su decreto en las oportunidades que el procedimiento indica"[2].

Y en el año de 1983, la Corte sostuvo:

"Con manifiesta impericia o increíble descuido, el abogado de la parte actora, en la demanda que dio origen al proceso, se limitó a pedir que se tuviera como prueba del dominio un certificado expedido por el registrador de Instrumentos Públicos de Guaduas referente a la finca objeto de la reivindicación. De ahí el fallo adverso que recibió en la primera instancia, aunque el juez ha debido suplir esa omisión decretando de oficio la prueba pertinente.

[1] Sent. 12 febrero 1977, reiterada en sent. 9 mayo 1983.

[2] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 12 febrero 1977. M. P.: Germán Giraldo Zuluaga.

"Ese mismo abogado, cuando el proceso llegó al tribunal en apelación de la sentencia de primer grado, acaso ha podido solicitar las pruebas del dominio echadas de menos por el juez invocando el numeral 4 del artículo 361 del Código de Procedimiento Civil. Lejos de hacerlo, presentó extemporáneamente un escrito solicitando que oficiosamente se tuviera como prueba del derecho en cuestión tres fotocopias autenticadas de unas escrituras atinentes al predio materia del proceso.

"Si bien es cierto que el tribunal, por tratarse de un escrito extemporáneo no estaba obligado a tenerlo en cuenta, sin embargo, incurrió en la misma omisión del juez de primera instancia, pues se abstuvo de decretar esas pruebas de oficio, facultad que como lo ha dicho la Corte es más exactamente un deber"[3].

2. Las limitaciones consagradas en el artículo 361 del C. de P. C., en el trámite de apelación de una sentencia, se refieren únicamente a las partes. El precepto no es limitativo de la amplia potestad que el artículo 180 le otorga al juez[4].

"En verdad como lo afirma el recurrente, que de conformidad con lo establecido en el artículo 361 del Código de Procedimiento Civil, en el trámite de la apelación de una sentencia, solo les es posible *a las partes*, pedir la práctica de pruebas en los cinco casos contemplados en esta norma.

"Adviértese al rompe que las limitaciones consagradas en el canon citado se refieren únicamente *a las partes*, como claramente se dice en el primer inciso. El precepto no es limitativo de la amplia potestad que, según el artículo 180 del Código de Procedimiento Civil, tiene el juez o el tribunal del conocimiento para decretar pruebas de oficio no solo en los términos probatorios de las instancias y de los incidentes, sino «posteriormente, antes de fallar».

"Frente al ordenamiento procesal que gobierna hoy la facultad de deducir pruebas, esta no es de iniciativa exclusiva de las partes. Hoy el juez tiene la misma iniciativa y más amplia, pues las limitaciones que la ley impone a las partes en el punto, no lo cobijan a el, puesto que su actividad no está guiada por un interés privado como el de los contendientes, sino por uno público, de abolengo superior, cual es la realización de la justicia, uno de los fines esenciales del Estado moderno"[5].

[3] Corte Suprema de Justicia, sent. de 9 mayo 1983. M. P.: José María Esguerra Samper.

[4] Sent. 12 febrero 1977. Reiterada en sents. 26 octubre 1988, 7 marzo 1997, 8 noviembre 2000.

[5] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 12 febrero 1977. M. P.: Germán Giraldo Zuluaga.

La sentencia cuyo aparte transcribimos fue proferida por la Corte con ocasión de un proceso ordinario promovido para que se declarara resuelto el contrato de permuta celebrado entre las partes y se condenara al demandado al pago de los perjuicios, como consecuencia del incumplimiento. En ella la Corte resuelve un recurso de casación en el que se acusa el fallo del tribunal de violar los artículos 200, 264, 279 y 361 del Código de Procedimiento Civil y 1546, 1602, 1603, 1608 y 1956 del Código Civil, como consecuencia de errores de derecho cometidos en la apreciación de las pruebas, en lo que respecta a su aducción, decreto y práctica en la segunda instancia. Considera el recurrente que el tribunal se equivocó al apreciar el interrogatorio del demandante, dado que tal prueba fue practicada e incorporada sin observancia de los requisitos exigidos en el artículo 361 del Código de Procedimiento Civil, todo en una forma de "subsanarle al demandado su desidia". Con ocasión del cargo sostuvo la Corte:

"Pues bien, el yerro de derecho que se endilga tendría ocurrencia si las precitadas pruebas las hubiere decretado y practicado el *ad quem* a instancia de la parte demandada. Sin embargo, como esos medios de convicción se allegaron al proceso por virtud del principio inquisitivo, el derrumbamiento de la sentencia por dicho aspecto no puede abrirse paso. En efecto, el tribunal decretó «de oficio» la práctica de las susodichas pruebas «...de acuerdo a lo dispuesto en los arts. 179 y 180 del C. de P. C.», precepto este último que autoriza al juez decretar «pruebas de oficio, en los términos probatorios de las instancias y de los incidentes y posteriormente, antes de fallar», lo cual significa que el funcionario *ad quem* no está limitado para decretar y evacuar pruebas por el art. 361 *eiusdem*, amén de que, como consta en autos, el interrogatorio del demandante no se pudo evacuar en la primera instancia no porque el solicitante de la prueba no hubiere comparecido a interrogar, sino porque «...el personal de la secretaría se encuentra atendiendo al visitador de la Procuraduría General de la Nación...»"[6].

3. Decretar pruebas de oficio más que una facultad es un deber[7]

"Y no solo está facultado el juez de segunda instancia para decretar pruebas de oficio antes de fallar, sino que ese es su deber (art. 37 C. de P. C)"[8].

[6] Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sent. de 7 marzo 1997. M. P.: José Fernando Ramírez Gómez.

[7] Sent. de 12 febrero 1977. Reiterada en sents. de 9 mayo 1983, 26 octubre 1988, 12 septiembre 1994, 4 marzo 1998, 24 noviembre 1999.

[8] Corte Suprema de Justicia, sent. de 12 febrero 1977. M. P.: Germán Giraldo Zuluaga.

En 1983, sostuvo la Corte:

"Si bien es cierto que el Tribunal, por tratarse de un escrito extemporáneo no estaba obligado a tenerlo en cuenta, sin embargo, incurrió en la misma omisión del juez de primera instancia, pues se abstuvo de decretar esas pruebas de oficio, facultad que como lo ha dicho la Corte es más exactamente un deber"[9].

"En un trascendental viraje en materia de derecho probatorio, el actual estatuto procedimental se despojó del principio dispositivo y acogió el inquisitivo, fundado en la lógica y obvia razón de que a pesar de que en el común de los procesos se controvierten intereses privados, la justicia no puede volverle la espalda al establecimiento de la verdad material enfrente de los intereses en pugna, asumiendo una posición eminentemente pasiva, si encuentra que decretando pruebas de oficio puede a la postre mediante ellas verificar los hechos alegados por las partes y lograr que en definitiva brille la verdad y, por tanto, se imponga la justicia. Fundado en este criterio, no es facultativo del juzgador decretar pruebas de oficio, sino que en toda ocasión, en la debida oportunidad legal, en que los hechos alegados por las partes requieren ser demostrados, así la parte que los alega hubiese sido desidiosa en esa labor, es un deber del juzgador utilizar los poderes oficiosos que le concede la ley en materia de pruebas, pues es este el verdadero sentido y alcance que exteriorizan los artículos 37-4, 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil"[10].

4. En caso de que exista duda sobre si un testigo presenció realmente los hechos materia de su deposición, o si, por el contrario, se trata de un testigo de oídas, es necesario que los jueces, antes de fallar, ordenen la comparecencia del testigo para exigirle que exponga la razón de la ciencia de su dicho[11]

"En casos como el presente en que los testigos deponen con propiedad sobre los hechos fundamentales de la demanda, pero omitiendo precisar la época de su ocurrencia, el lugar en que acaecieron o el modo de suceder, brota con vigor la necesidad de que los jueces, antes de fallar, ordenen la comparecencia del testigo para exigirle que exponga la razón de la ciencia de su dicho, con lo cual se establecerá si en verdad presenció los hechos materia de su deposición o si, por el contrario, no fue presencial de los mis-

[9] Corte Suprema de Justicia, sent. de 9 mayo 1983. M. P.: José María Esguerra Samper.

[10] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 26 octubre 1988. M. P.: Alberto Ospina Botero.

[11] Sent. de 24 febrero 1977.

mos. De esta manera quedaría borrada definitivamente la perplejidad que, en caso contrario, seguiría gravitando en torno a si el testigo conocía personalmente los hechos investigados o si era simplemente un testigo de oídas"[12].

5. El juez debe decretar de oficio todas las pruebas que estime necesarias, siempre que ellas sean pertinentes y eficaces, y que no sean superfluas o prohibidas por la ley[13]

"De esta suerte el juzgador no solo está autorizado sino que tiene el deber de decretar oficiosamente todas las pruebas que estime necesarias para esclarecer la verdad de los hechos que se debaten en un proceso, en cuanto ellas cumplan con los requisitos que establece el artículo 178, vale decir que sean pertinentes y eficaces, y que no tengan el carácter de superfluas o de prohibidas por la ley"[14].

6. El juzgador puede decretar pruebas de oficio cuantas veces lo considere necesario, puesto que la ley no establece que pueda hacerlo en una sola o única ocasión antes del proferimiento del fallo[15]

"f) Contra lo que observa el impugnante, la ley no prohíbe que el juez pueda señalar más de un término probatorio adicional para la práctica de pruebas que decrete de oficio. El Código de Procedimiento Civil, en materia probatoria, estableció un sistema predominantemente inquisitivo, al contrario de lo que ocurría en el Código Judicial anterior. De esta suerte el juzgador no solo está autorizado sino que tiene el deber de decretar oficiosamente todas las pruebas que estime necesarias para esclarecer la verdad de los hechos que se debaten en un proceso, en cuanto ellas cumplan con los requisitos que establece el artículo 178, vale decir, que sean pertinentes y eficaces, y que no tengan el carácter de superfluas o de prohibidas por la ley. Por consiguiente, no constituye error de derecho la circunstancia de que el juez de primer grado hubiera decretado oficiosamente la recepción de las declaraciones de Ana Iregui de Ángel e Isabel Iregui de Aldana, aunque anteriormente hubiera hecho uso de esa facultad"[16].

[12] Corte Suprema de Justicia, sent. de 24 febrero 1977. M. P.: Germán Giraldo Zuluaga.

[13] Sent. de 27 abril 1981.

[14] Sent. de 27 abril 1981, pronunciada en el proceso ordinario de Álvaro Ruiz contra Josefa Olaya y otros. M. P.: José María Esguerra Samper.

[15] Sent. de 27 abril 1981. Reiterada en sents. de 26 octubre 1988 y 26 abril 1989.

[16] *Ibidem*.

Y en 1988, en una sentencia constantemente citada por la jurisprudencia posterior, la Corte dijo:

"Entonces, según la jurisprudencia de la Corte, que tiene claro soporte en la ley, bien puede el juzgador decretar pruebas de oficio no solo en los términos probatorios de las instancias, sino posteriormente, por fuera de los mismos, antes de fallar, sin que el ordenamiento, para verificar la verdad, lo hubiera circunscrito a una sola o única ocasión antes del proferimiento del fallo"[17].

7. El juez debe decretar pruebas de oficio, siempre que los hechos alegados por las partes requieran ser demostrados, incluso si la parte que los alega hubiese sido desidiosa en esa labor[18]

"No es facultativo del juzgador decretar pruebas de oficio, sino que en toda ocasión, en la debida oportunidad legal, en que los hechos alegados por las partes requieren ser demostrados, así la parte que los alega hubiese sido desidiosa en esa labor, es un deber del juzgador utilizar los poderes oficiosos que le concede la ley en materia de pruebas, pues es este el verdadero sentido y alcance que exteriorizan los artículos 37-4, 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil"[19].

Y en 1997 sostuvo:

"Por supuesto que tratándose de un compromiso con el hallazgo de la verdad, puesto que el proceso judicial no se justifica sino en tanto sea un instrumento para su verificación, porque esta en sí constituye un principio de justicia, los argumentos de desidia de las partes no pueden dar al traste con lo que en definitiva es un poder-deber del juez, quien, como bien se sabe, dejó de ser un espectador del proceso para convertirse en su gran director, y a su vez, promotor de decisiones justas"[20].

8. Decretar pruebas de oficio es un poder-deber[21]

"El juez, tanto el de primera como el de segunda instancia, se encuentra investido por la ley del poder-deber de decretar pruebas de oficio cuando

[17] Nótese cómo esta providencia es referida constantemente por la jurisprudencia posterior, probablemente por ser síntesis de todo el desarrollo precedente en torno a las pruebas de oficio.

[18] Sent. de 26 octubre 1988. Reiterada en sent. de 7 marzo 1997, 24 noviembre 1999.

[19] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 26 octubre 1988. M. P.: Alberto Ospina Botero.

[20] Sent. de 7 marzo 1997. M. P.: José Fernando Ramírez Gómez.

[21] Sent. de 7 marzo 1994. Reiterada en sents. de 7 marzo 1997, 11 noviembre 1999, 16 agosto 2000.

«las considera útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes», según lo define el artículo 179 del C. de P. C."[22].

En 1997 sostuvo:

"... en definitiva es un poder-deber del juez, quien, como bien se sabe, dejó de ser un espectador del proceso para convertirse en su gran director, y a su vez, promotor de decisiones justas"[23].

Y en 1999 sostuvo:

"Así pues, la prudente estimación personal del juez sobre la conveniencia de decretar pruebas de oficio se enmarca en un deber —entendido como la necesidad de que ese sujeto pasivo de la norma procesal que es el juez ejecute la conducta que tal norma le impone—, y en un poder —entendido como la potestad, la facultad de instruir el proceso sin limitarse a ser un mero espectador—, ambos actuantes junto con el principio de la carga de la prueba y de la discrecionalidad judicial en la apreciación de la misma, para el proferimiento de una sentencia de mérito"[24].

9. Las restricciones que el ordenamiento señala en torno al decreto oficioso de pruebas, no deben interpretarse de manera extensiva[25]

"Esa atribución [decreto oficioso de pruebas] es vertebral para la búsqueda de la verdad dentro del proceso. Sin embargo, ella *no es* absoluta como quiera que se encuentra sujeta a las restricciones señaladas en el propio ordenamiento, las cuales, oportuno resulta decirlo, no deben ser interpretadas de manera extensiva, pues tal cosa conduciría a constreñir de manera injustificada el ámbito propio del ejercicio de ese poder-deber"[26].

10. Frente a un dictamen pericial insuficiente, el juez no tiene que ordenar la ampliación, aclaración o adición del mismo, como paso previo al decreto de un nuevo dictamen, sino que puede a su arbitrio ordenar la ampliación, aclaración o adición, o en vez de ello, decretar la práctica de uno nuevo con distintos peritos (si opta por lo primero y no le satisface lo expuesto por los peritos, puede ordenar la práctica de uno nuevo)[27]

"El entendimiento racional y coherente de ambos preceptos lleva a decir que en frente de un dictamen insuficiente, al juzgador le es dable

[22] Sent. de 7 marzo 1994. M. P.: Héctor Marín Naranjo.

[23] Sent. de 7 marzo 1997. M. P.: José Fernando Ramírez Gómez.

[24] Sent. de 11 noviembre 1999. M. P.: Jorge Santos Ballesteros.

[25] Sent. de 7 marzo 1994.

[26] *Ibidem.*

[27] *Ibidem.*

ordenar su ampliación, aclaración o adición, o, en vez de ello, decretar la práctica de uno nuevo con distintos peritos. Naturalmente, si opta por lo primero, tal cosa no excluye que si no lo satisface lo expuesto por los peritos, pueda luego tomar la determinación a la que se acaba de aludir"[28].

11. La omisión del decreto oficioso de pruebas configura error de derecho y da lugar al recurso de casación si debido a ostensibles particularidades que circundan la litis, constatadas objetivamente y ajenas por lo demás a cualquier manipulación fraudulenta de las partes, el uso de aquellas facultades se torna ineludible, pues lejos de mediar razón atendible alguna que lleve a estimar que es inoficioso o imposible desde el punto de vista legal, un proceder de tal naturaleza, omitido por el juez o tribunal, se muestra a las claras como factor necesario para evitar una decisión jurisdiccional absurda, imposible de conciliar con dictados elementales de justicia[29]

"El deber de verificación judicial oficiosa del que viene hablándose en estas consideraciones, se halla consagrado efectivamente en normas de disciplina probatoria cuya infracción, por el cauce que señala el num. 1, segundo inciso, del art. 368 del C. de P. C. y satisfechas desde luego todas las condiciones técnicas restantes de las cuales depende que una censura de esta clase pueda tener éxito («G. J.», t. cxv, pág. 117), *da lugar al recurso de casación* si debido a ostensibles particularidades que circundan la litis, constatadas objetivamente y ajenas por lo demás a cualquier manipulación fraudulenta de las partes, el uso de aquellas facultades se torna ineludible pues lejos de mediar razón atendible alguna que lleve a estimar que es inoficioso o imposible desde el punto de vista legal, un proceder de tal naturaleza, omitido por el juez o tribunal, se muestra a las claras como factor necesario para evitar una decisión jurisdiccional absurda, imposible de conciliar con dictados elementales de justicia. Esto significa, entonces, que por fuera de esta reducida moldura y para los fines propios del recurso en cuestión, ante situaciones que no tengan la entidad apuntada no puede configurarse yerro probatorio de derecho porque, en opinión del censor, era factible alguna forma de pesquisa oficiosa adicional conveniente a sus intereses"[30].

[28] Sent. de 7 marzo 1994. M. P.: Héctor Marín Naranjo.

[29] Sent. de 12 septiembre 1994. Reiterada en sents. de 4 marzo 1998, 11 noviembre 1999.

[30] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 4 marzo 1998, M. P.: Carlos Esteban Jaramillo Schloss, exp. 4921.

En la sentencia cuyo aparte se analiza a continuación, la Corte resuelve el recurso de casación interpuesto por la parte demandada[31] en un proceso en el que, para que se declare "no celebrado" un contrato de compraventa sobre un inmueble, se solicita se declare la inexistencia de la escritura pública 866, por carecer esta de la firma del notario. En primera instancia se acogen las pretensiones de la parte actora. Posteriormente, la entidad correspondiente (Superintendencia de Notariado y Registro) autoriza que la mencionada escritura sea suscrita por el notario "de turno" y se allegue al proceso una copia de la escritura ya firmada por el notario.

En segunda instancia, no obstante hallarse en el expediente la copia firmada por el notario de la escritura cuya inexistencia se pretende —se reitera, por carecer de la firma del notario—, el juez, dada la extemporaneidad de su aportación, deja de apreciar la referida copia y, en consecuencia, confirma la declaración de inexistencia de la escritura pública 866, y se dispone tener por no celebrado el contrato de compraventa en ella contenido.

12. Si con posterioridad a la demanda sobreviene un hecho que de manera esencial y notoria altera o extingue la pretensión inicial, y se aduce o aporta, aunque sea inoportunamente, la prueba idónea de dicho hecho que no ha sido incorporada legalmente al proceso, el deber del juez de decretar de oficio tales pruebas se torna en ineludible[32]

"Sin embargo, cosa distinta acontece cuando quiera que en un proceso, como el sub examine, con posterioridad a la presentación de la demanda, de una parte, sobrevenga un hecho que de manera esencial y notoria altere o extinga la pretensión inicial; y, de la otra, se aduzca o aporte, aunque sea inoportunamente, la prueba idónea de dicho hecho que no ha sido

[31] El cargo presentado en contra de la sentencia acusada fue estructurado de la siguiente manera: "Se acusa la sentencia impugnada con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, por la vía indirecta, por ser violatoria, por indebida aplicación del artículo 100 del decreto-ley 960 de 1970, infracción proveniente de error de derecho consistente en la violación medio, por falta de aplicación del artículo 228 de la Constitución Nacional y de los artículos 179, 180 y el inciso 4° del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, contentivo de una norma de carácter probatorio, y por indebida aplicación de los artículos 174 y 183 del mismo Código".

[32] Sent. de 12 septiembre 1994.

incorporada legalmente al proceso. Porque en tal evento las circunstancias objetivas, ajenas a toda negligencia o argucia de las partes, ponen de manifiesto ante el juez o magistrado la siguiente alternativa: la una consistente en adoptar decisión que, con prescindencia de la prueba irregularmente aportada, resultaría abiertamente contraria a la realidad que, de acuerdo con el hecho sobreviniente, muestra la pretensión al momento del fallo; y la otra, la de optar, previo decreto de oficio de la prueba con la correspondiente contradicción, por una decisión que puede resultar más ajustada a la nueva realidad probatoria de los hechos en que se funda la pretensión inicial. Si ello es así, corresponde al juez el deber ineludible de decretar de oficio dicha prueba para que, una vez incorporada y controvertida legalmente en el proceso, pueda proceder mediante su apreciación a adoptar una decisión conforme a la realidad probatoria de los hechos iniciales y sobrevinientes. Porque la atribución legal para decretar de oficio las pruebas, por las circunstancias objetivas y ostensibles que rodean el caso, imponen el deber ineludible de hacer uso de dicha atribución, pues no hay fundamento alguno para considerar inútil dicha prueba, ni para estimarla extraña a las alegaciones de las partes, sino, por el contrario, dicha prueba resulta necesaria para precaver una decisión absurda y contraria a la realidad.

"Y ello precisamente se presenta cuando frente a una pretensión inicial de inexistencia de una escritura pública determinada fundada en la omisión de la firma notarial, le sobreviene durante el proceso, la alegación y prueba de la subsanación por orden del competente, de la firma del notario. Porque en dicho evento, al prescindirse de esta prueba (por no incorporarse legalmente) se arriesga el juzgador a adoptar una decisión relativa a la ausencia de firma del notario, cuando de acuerdo con la prueba aducida, se sugiere, a pesar de que aun no sea regular, que ella ya existe de acuerdo con el procedimiento posterior. Luego, autorizar una decisión en este sentido no solo resulta absurda sino igualmente contraria a la realidad, porque sería permitir que se adopte una resolución sobre una prueba de una escritura que carece de la firma del notario, cuando por otra parte existe otra prueba de la misma escritura que muestra lo contrario, es decir, que sí tiene firma. De allí que la interpretación legal que autorice tal absurdo, que se consigue no decretando de oficio la referida prueba, no deba estimarse como la más acertada. Luego esta última no ha de ser otra que la de asumir el deber ineludible de dictar el decreto de oficio de la prueba correspondiente, para proceder luego a la decisión pertinente[33].

[33] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 12 septiembre 1994, con ponencia del magistrado Pedro Lafont Pianetta, exp. 4293.

13. EL HECHO DE QUE UNA PRUEBA SEA DECRETADA DE OFICIO, NO LE OTORGA ATRIBUCIÓN ALGUNA AL JUEZ PARA OBRAR CON DISCRECIONALIDAD EN SU PRÁCTICA, ES DECIR, HACERLA O NO, SINO QUE POR EL CONTRARIO, LE INCUMBE UN MAYOR DEBER EN SU EJECUCIÓN DEBIENDO ENTONCES ADOPTAR LAS MEDIDAS PROCESALES QUE ESTIME INDISPENSABLES PARA QUE TODOS LOS INTERVINIENTES CONOZCAN DE SU EXISTENCIA, TENGAN OPORTUNIDAD PARA SU PRÁCTICA Y PARA QUE EXISTA MODO DE CUMPLIMIENTO ACELERADO DE ELLA[34]

"Ahora, cuando el artículo 7º de la ley 75 de 1968 dispone que en los procesos de investigación de paternidad o maternidad, «el juez a solicitud de parte o, cuando fuere el caso, por su propia iniciativa, decretará» los exámenes y remisión de los resultados de la llamada prueba antropoheredobiológica, no solo se establece para el juez el deber de decretarla, aun de oficio, por el interés público que representa la necesidad de establecer y garantizar el derecho de toda persona a saber quién es su padre o madre, sino que también se le otorga la atribución de que su decisión se cumpla con la mayor celeridad en pro de la verificación de «los hechos alegados por las partes», pero eso si evitando las «nulidades» (art. 37, nums. 1 y 4 C. de P. C.). Luego, el hecho de que esta prueba sea decretada de oficio, como todas aquellas que tienen este carácter, no le otorga atribución alguna al juez para obrar con discrecionalidad en su práctica, es decir, hacerla o no, sino que, por el contrario, habiendo sido estimada como necesaria, le incumbe un mayor deber en su ejecución, tanto más cuanto ello contribuye a la satisfacción del interés sustancial que encierra la pretensión de investigación de paternidad. De allí que corresponda al juez que decreta esta prueba, y con mayor razón a quien por encontrarla necesaria la dispone de oficio, adoptar las medidas procesales que estime indispensables, para que, de un lado, todos los intervinientes puedan conocer de su existencia y tener la oportunidad para su práctica, y, para que, del otro, exista oportunidad y modo de cumplimiento acelerado de ella. Por tal razón, se hace imperativo que en el decreto de la mencionada prueba, sea como informe o dictamen pericial, se indique al Instituto de Bienestar Familiar, entidad o personas que han de practicarla, que no solamente tienen el deber de determinar el día, la hora, el lugar y las demás circunstancias que estimen necesarias para la práctica de la prueba, sino que también se hace indispensable que esta actuación preparatoria, sea dada a conocer a las partes y a los interesados por conducto del juez competente, mediante la comunicación o notificación del caso. Pues con ella, el juez por lo general, asegura anticipadamente, en primer lugar, el otorgamiento de la oportunidad para la práctica de los exámenes correspondientes; en segundo término, la posibilidad de esta-

[34] Sent. de 22 mayo 1998.

blecimiento del cumplimiento o no del deber de colaboración que le asiste a las partes y a terceros en esta prueba; y, en tercer y último término, también le facilita al juez la verificación para los efectos legales de la comisión o incurrencia o no de la renuencia que con relación a ella pueda presentarse (arts. 242 y 243 C. de P. C. y 7º; ley 75 de 1968)[35].

14. SE INCURRE EN EL VICIO DE NULIDAD CONTEMPLADO EN EL NUMERAL 6 DEL ARTÍCULO 140 DEL C. DE P. C. CUANDO SE OMITE EL PERÍODO NECESARIO PARA LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA DECRETADA DE OFICIO (...), QUE PUEDE ALEGARSE INMEDIATAMENTE DESPUÉS DE OCURRIDA EN LA ACTUACIÓN SIGUIENTE, O, EN EL EVENTO EN QUE TAMPOCO HAYA EXISTIDO ESTA OPORTUNIDAD POR HABERSE PROFERIDO YA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA, EN CASACIÓN[36]

"De allí que, si aun con las previsiones mencionadas, se omite el período necesario para la práctica de esa prueba decretada de oficio, como acontece en aquel evento en que no puede cumplirse su realización, porque nunca se fijó fecha, hora, lugar y demás circunstancias para su práctica, o porque, habiéndolo hecho el juez o el encargado de practicarla, tampoco se la dio a conocer a las partes e intervinientes en ella; se incurre entonces en el vicio de nulidad del proceso contemplado en el numeral 6 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, que puede alegarse inmediatamente después de ocurrida en la actuación siguiente (art. 143, inc. 5º C. de P. C.); pero en el evento en que tampoco haya existido esta oportunidad, por haberse proferido ya sentencia de segunda instancia, dicha irregularidad puede alegarse en casación[37].

15. SE CONFIGURA ERROR DE DERECHO A CONSECUENCIA DE NO DECRETAR PRUEBAS DE OFICIO CUANDO LA NECESIDAD DE DECRETAR Y PRACTICAR ESA PRUEBA ES IMPUESTA POR LA LEY, Y CUANDO TAL SE IMPONE OBJETIVAMENTE POR LA ÍNDOLE DEL PROCESO, ES DECIR, SE TORNA INELUDIBLE A EFECTOS DE EVITAR UNA SENTENCIA ABSURDA, IMPOSIBLE DE CONCILIAR CON DICTADOS ELEMENTALES DE JUSTICIA[38]

"Recogida en apretada síntesis la posición de la Corte en punto de la configuración del error de derecho cometido por el juzgador a consecuen-

[35] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 22 mayo 1998. M. P.: Pedro Lafont Pianetta.

[36] Sent. de 22 mayo 1998.

[37] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 22 mayo 1998. M. P.: Pedro Lafont Pianetta.

[38] Sent. de 22 mayo 1998. Reiterada en sents. de 11 noviembre 1999, 5 mayo 2000, 16 agosto 2000, 7 noviembre 2000, 15 febrero 2001.

cia de no decretar pruebas de oficio, puede decirse que este se presenta cuando la necesidad de decretar y practicar esa prueba es impuesta por la ley —como en los juicios de filiación respecto de la prueba antropoheredobiológica, o la inspección judicial en tratándose de procesos de pertenencia—, así como cuando la verificación oficiosa del juez se impone objetivamente por la índole del proceso, es decir, se torna ineludible a efectos de evitar una sentencia «absurda, imposible de conciliar con dictados elementales de justicia», como gráficamente enseña la Corte en providencia ya reproducida, y que concierne al asunto que aquí se dirime"[39].

16. La contradicción entre el deber y el poder de decretar pruebas de oficio, y la consagración del principio de la carga de la prueba, es solo aparente, puesto que si bien la ley al lado del poder de decretar pruebas de oficio, le impone al fallador el deber de hacerlo, la «carga de la prueba» es una regla de juicio que debe aplicar el juez como sucedáneo ante la falta de pruebas o ante la existencia de un hecho incierto[40]

"La contradicción entre el deber y el poder de decretar pruebas de oficio, por una parte, y la consagración del principio de la carga de la prueba, por otra, es solo aparente. Porque, como se expresó arriba, la mixtura del sistema procesal civil colombiano determina que el juez emplee sus poderes, dirija el proceso, busque la verdad y se acerque a lo justo, y en fin, no incurra en esa actitud pasiva de la que tanto se ha dolido la Corte y a que hacen alusión las jurisprudencias que cita el casacionista. Pero también corresponde a las partes invocar y probar los hechos que consideran apropiados al reconocimiento del derecho que persiguen, porque no debe perderse de vista que a pesar de otorgarle el Estado una importancia abstracta a las resultas del debate que las partes le han planteado, en consideración al fin suyo de asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (Const. Pol., art. 2º), no es menos cierto que esas partes, primeramente, son las más interesadas en la sentencia, como que esta define sus pretensiones o excepciones.

"Entonces, si al lado del poder de decretar pruebas de oficio, la ley le impone al fallador el deber de hacerlo pero le señala el sendero que debe seguir ante la falta de pruebas, debe concluirse, en principio, que una violación, como la que pretende ver el casacionista en el fallo impugnado, no puede darse. Porque es precisamente la ley la que ordena al fallador seguir

[39] Sent. de 11 noviembre 1999, M. P.: Jorge Santos Ballesteros.

[40] *Ibidem*.

la regla de derecho de la carga de la prueba. Porque es la ley la que establece, tomando también en cuenta la discrecionalidad o soberanía del juez en la apreciación de las pruebas y la iniciativa oficiosa en la producción de las mismas, la conclusión a la que debe arribar por causa de la existencia de un hecho incierto en el proceso, vale decir, de un hecho cuya duda razonable le impide declarar lo pedido por la parte a cuyo cargo estaba demostrarlo"[41].

17. El juez, ante la falta de pruebas, no debe aplicar sin más el principio de la carga de la prueba[42]

"*Si bien es cierto que* estos dos principios (carga de la prueba y decreto oficioso de pruebas) actúan en el proceso, es el juez, en su discreta autonomía, quien debe darle a cada uno la importancia concreta, el peso específico que debe tener uno de ellos en la resolución del debate. A pesar de este aserto, no podrá concluirse, como antaño solía hacerse, que ante la falta de pruebas se deba aplicar sin más el principio de la carga de la prueba, porque entonces de nada servirían las directrices normativas que el Código de Procedimiento Civil contempla en los artículos atrás mencionados, pero particularmente el 37 numeral 4, normas todas enderezadas a lograr un fallo basado en verdades objetivas"[43].

18. La omisión del decreto oficioso de pruebas debe ser trascendente. No hay trascendencia del error y por consiguiente no es este basamento para el quiebre de la sentencia cuando a pesar de existir, no conduce al fallador a fallar el caso litigado en forma distinta a la que legalmente corresponde[44]

"El omitido deber de verificación oficiosa debe tornarse trascendente, esto es, el error del tribunal al no decretar las pruebas de oficio debe repercutir o incidir en la resolución del conflicto al punto que si no se hubiese cometido tal yerro, el sentido del fallo hubiese sido otro. Dicho en otras palabras y en sentido contrario, no hay trascendencia del error y por consiguiente no es este basamento para el quiebre de la sentencia, «cuando a pesar de existir, no conduce al juzgador a fallar el caso litigado en forma distinta a la que legalmente corresponde» (sent. del 27 febrero 1978).

[41] *Ibidem.*

[42] *Ibidem.* Reiterada en sent. de 16 agosto 2000.

[43] *Ibidem.*

[44] *Ibidem.* Reiterada en sents. de 16 agosto 2000, 7 noviembre 2000, 30 enero 2001.

"[...]

"A pesar de esta falta de esfuerzo del tribunal, el error de derecho que plantea el cargo debe ser, como se ha indicado líneas arriba, trascendente o, por mejor decir, tan determinante en el sentido de la sentencia, que sin su comisión otra habría sido la solución dada al caso. Y en las presentes diligencias, ni por asomo se da. Porque, pensar que de haber el tribunal decretado las pruebas de oficio, inexorablemente habría concluido que el señor Marco Tulio López padecía para la época de los actos jurídicos atacados de nulos, de enfermedad mental que le impedía contratar por sí mismo, no deja de ser una simple conjetura, una hipótesis dentro de varias posibles. En consecuencia, esa omisión de decretar pruebas de oficio no configura un error de derecho trascendente. En otras palabras, no se destaca que ese fallo hubiese sido diferente de mediar la actividad oficiosa del tribunal, con lo cual quiere la Corte resaltar que, aun en el evento de existir error de derecho, su intrascendencia sería tan notoria que no se podría, *a priori*, aducir de entrada que con el decreto oficioso de las pruebas indefectiblemente quedaba demostrada la incapacidad por demencia de Marco Tulio López Muñoz"[45].

19. El carácter netamente dispositivo del proceso civil ha perdido vigencia dada la aparición de principios tales como el de la cooperación procesal, la adquisición de la prueba, el compromiso de los jueces con la verdad jurídica objetiva y el ejercicio responsable de la jurisdicción[46]

"En suma, la visión que ofrece el recurrente de las pruebas del proceso civil, como impregnadas netamente del carácter dispositivo, tan apreciada en otros tiempos y en la cual quizá podrían encontrar asidero los argumentos en que se apoyan los dos cargos formulados, ha perdido toda vigencia por fuerza de principios como los de la cooperación procesal, la adquisición de la prueba, el compromiso de los jueces con la verdad jurídica objetiva y el ejercicio responsable de la jurisdicción, principios todos estos de los que, según queda explicado, se desprenden motivos suficientes para rechazar los referidos cargos"[47].

En la sentencia que a continuación se examina, la Corte estudia el recurso de casación interpuesto por la parte demandada (poseedores)[48], en

[45] *Ibidem*.

[46] Sent. de 24 noviembre 1999.

[47] Corte Suprema de Justicia, sent. de 24 noviembre 1999, M. P.: Silvio Fernando Trejos Bueno, exp. 5339.

[48] El cargo formulado por la parte demandada —que, por cierto, fue desestimado por la Corte—, fue el siguiente:

un proceso reivindicatorio en el que la parte demandante no mencionó, no anexó a la demanda y tampoco solicitó durante el debate probatorio prueba alguna de su título de propiedad (título válido para reclamar la posesión). Ante esta omisión, el juez decreta oficiosamente la incorporación del título correspondiente.

20. El ejercicio de la acción reivindicatoria encierra explícita o implícitamente la afirmación de que el reivindicante ostenta un título válido para reclamar la posesión; por ende, el juez puede incorporar oficiosamente la prueba del mismo, sin que por ello se rebase el foco litigioso[49]

"Significa lo anterior que el ejercicio de la referida acción encierra necesariamente, explícita o implícitamente, junto con la afirmación de que el demandado es poseedor material de la cosa sobre la cual recae el derecho real de dominio del que el reivindicante es titular, aquella otra en el sentido de que este ostenta un título válido para reclamar la posesión que le ha sido rehusada; y es precisamente esta circunstancia, que evidentemente pasan por alto los dos cargos en estudio, la que lleva a concluir que en esta clase de procesos, ese mejor derecho a poseer derivado de la propiedad, llamado por los romanistas «ius possidendi» para diferenciarlo del «ius possessionis», entendido como el conjunto de ventajas que resultan del simple hecho de la posesión material autónoma y separada de la propiedad, siempre se halla implícito en la dialéctica que en defensa de sus intereses hace valer quien demanda a otro en reivindicación.

"Luego si con el fin de verificar la existencia del señalado derecho, en busca por lo tanto de la verdad y en procura de otorgar efectiva y justa tutela jurídica a los intereses en conflicto, y acatando las exigencias de principio sobre el particular consagradas en el art. 37 num. 4 del Código de Procedimiento Civil leído hoy en concordancia con el art. 1° de la ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia), los órganos jurisdiccionales de instancia, del modo y con el alcance que en la especie en

---

"Por la vía indirecta, se acusa la sentencia del tribunal de violar, por aplicación indebida, los artículos 946 y 950 del Código Civil, y los artículos 37, reformado por el artículo 13 del decreto 2282 de 1989, 38 numeral 1, 177 y 179 del C. de P. C., como consecuencia del desacierto cometido en la interpretación de la demanda, «por alteración de las afirmaciones de hecho que integran la razón o causa para pedir»".

[49] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 24 noviembre 1999, M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno, exp. 5339.

estudio ocurrió, hacen uso, *ex officio iudicis*, de la autoridad e iniciativa probatoria que les otorga la ley, con semejante proceder no se modifica la relación controvertida tal y como ella se delimita en la pretensión reivindicatoria y en la resistencia que a esta opone el poseedor demandado, en cuanto hace a la causa y al objeto que la identifican.

"Antes bien, providencias de la especie de las que critica la acusación, lejos de rebasar arbitrariamente el foco litigioso y de introducir nuevas fuentes de prueba con desprecio del ámbito concreto que demarca la demanda y su contestación, lo que se proponen, con laudable espíritu de activa dirección del proceso, no es otra cosa que incorporar, por el medio instrumental adecuado, las que se revelan existentes en actuaciones de las mismas partes y que son relevantes para la composición final del litigio, con el fin de hacer prevalecer la verdad jurídica objetiva y de evitar que el dicho proceso termine desarrollándose como un mero juego formal librado a la habilidad o maña de los contendientes. (...)

"3. En consecuencia, la decisión del juez *a quo* por la cual, de oficio (C. 1, fl. 82), solicitó a la parte actora que aportara «al proceso copia auténtica junto con la reproducción de sello de registro de los siguientes títu-los escriturarios: 363 del 28 de octubre de 1938 Notaría Única de Venta-quemada; 312 del 5 de octubre de 1972 Notaría Única de Turmequé y 322 del 3 de mayo de 1965 Notaría de Turmequé», halla sólido respaldo en el artículo 179 del Código de Procedimiento Civil que otorga a los jueces de instancia la facultad-deber de decretar pruebas de oficio cuando las considera indispensables para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes; disposición que, valga reiterarlo, se funda en la lógica y obvia razón de que a pesar de que en el común de los procesos se controvierten intereses privados, la justicia no puede volverle la espalda al establecimiento de la verdad material enfrente de los intereses en pugna, asumiendo una posición eminentemente pasiva, si encuentra que decretando pruebas de oficio puede a la postre mediante ellas verificar los hechos alegados por las partes y lograr que en definitiva brille la verdad y, por tanto, se imponga la justicia. Fundado en este criterio, no es facultativo del juzgador decretar pruebas de oficio, *sino que en toda ocasión*, en la debida oportunidad legal, en que los hechos alegados por las partes requieren ser demostrados, así la parte que los alega hubiese sido desidiosa en esa labor, es un deber del juzgador utilizar los poderes oficiosos que le concede la ley en materia de pruebas, pues es este el verdadero sentido y alcance que exteriorizan los artículos 37-4, 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil»" ("G. J.", t. CXCII, pág. 233)[50].

[50] *Ibidem.*

21. Las autoridades jurisdiccionales deben hacer uso de la posibilidad de decretar pruebas de oficio a fin de lograr la comprobación de los supuestos fácticos del proceso, obedeciendo así el mandato constitucional por virtud del cual debe buscarse la prevalencia del derecho sustancial (art. 228)[51]

"No obstante lo anterior, al margen de las consideraciones jurídicas ya anotadas —inmersas en la argumentación inherente al recurso extraordinario de casación—, encuentra la Corte que frente a la situación probatoria del proceso oportunamente descrita, la labor del juez —predicable del Tribunal en el caso concreto— no puede contraerse, como en veces desventuradamente acontece, a una actitud pasiva o de mero espectador, así su actuación, «prima facie», esté formalmente en consonancia con lo dispuesto por una determinada norma. No, de conformidad con las disposiciones legales (arts. 2º, 37, 38 y 179 del C. de P. C., entre varias), aunadas al mandato constitucional por virtud del cual debe buscarse la prevalencia del derecho sustancial (art. 228 C. P.), las autoridades jurisdiccionales deben en cada caso y de acuerdo con las circunstancias pertinentes, hacer uso de las facultades consagradas por el Código de Procedimiento Civil —y demás disposiciones concordantes y aplicables— para lograr, no solo el impulso del proceso sino la comprobación de los supuestos fácticos dentro del mismo, para lo cual gozan, entre otras alternativas, de la posibilidad de decretar pruebas de oficio"[52].

22. El juzgador de instancia no incurre en irregularidad alguna cuando no se atiene a las pruebas ya practicadas sino que juzga pertinente decretar oficiosamente otras diferentes, así el resultado de estas sea contrario al de aquellas[53]

En la sentencia cuyo aparte transcribimos a continuación, la Corte resuelve el recurso de casación interpuesto por la parte demandada, contra el fallo proferido por el tribunal en proceso de declaración de pertenencia. El recurrente acusa el fallo de violación indirecta del artículo 946 del Código Civil, a consecuencia de error de hecho manifiesto en la apreciación de la prueba", y manifiesta que con las pruebas practicadas en primera instancia se concluía que "no era posible la identificación" del inmueble sobre el que

[51] Sent. de 10 diciembre 1999.

[52] Corte Suprema de Justicia, sent. de 10 diciembre 1999, con ponencia del doctor Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

[53] Sent. de 21 enero 2000.

el actor alega dominio y dentro de cuyos confines se encontraba comprendido el lote del que se pide la restitución. Precisa que no se discute la pertinencia del decreto de dicha prueba oficiosa, sino que se "pone de presente el ánimo de probar en contrario de lo ya demostrado", pues el sentenciador no consideró "la inspección judicial practicada por la Sala pero tampoco la realizada por el señor juez de primera instancia y la peritación de primera instancia, pruebas todas que, en forma palmar por lo demás, proclamaban la falta de identificación del inmueble". Con ocasión del cargo aquí resumido, la Corte sostuvo:

"Todo parece entonces indicar que lo que es materia de acusación como error de hecho en el cargo, consiste en que existiendo pruebas en el proceso sobre la falta de identidad entre los predios ya aludida (inspección judicial y dictamen pericial de primera instancia), el Tribunal no tenía porque decretar prueba oficiosa alguna adicional en relación con lo mismo, sino estarse a lo ya demostrado. (...)

"Prescindiendo del aspecto técnico de la acusación, esta tampoco está llamada a abrirse paso por el alcance de su contenido, pues si la contraevidencia de la decisión es lo que constituye el fundamento legal del error probatorio de hecho, el juzgador de instancia no incurre en él ni en ninguna otra irregularidad cuando en procura de establecer la verdad histórica del proceso, no se atiene a las pruebas ya practicadas sino que juzga pertinente decretar oficiosamente otras diferentes, así el resultado de estas sea contrario al de aquellas, ni cuando se aparta de estas últimas para formar su convicción solo con respaldo en las oficiosas, pues en tal circunstancia su conclusión sobre los hechos jamás es arbitraria o inconsulta de la realidad de los acontecimientos[54].

23. El juez puede apartarse de las pruebas ya practicadas, para formar su convicción solo con respaldo en las oficiosas, puesto que en tal circunstancia su conclusión sobre los hechos jamás es arbitraria o inconsulta de la realidad de los acontecimientos[55]

"... el juzgador de instancia no incurre en el [error probatorio de hecho] ni en ninguna otra irregularidad cuando en procura de establecer la verdad histórica del proceso [...] se aparta de estas últimas para formar su convicción solo con respaldo en las oficiosas, pues en tal circunstancia su

[54] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 21 enero 2000. M. P.: Nicolás Bechara Simancas, exp. 5346.

[55] *Ibidem.*

conclusión sobre los hechos jamás es arbitraria o inconsulta de la realidad de los acontecimientos[56].

24. No existe vulneración del deber de decretar pruebas de oficio cuando en el proceso existían elementos que informaban sobre el hecho investigado, máxime cuando la prueba que se pretende debió decretarse, no era la única apta para generar convicción sobre tal hecho[57]

"Además de advertirse que la prueba fue solicitada extemporáneamente, tampoco se verifica la comisión del error de derecho que el recurrente por tal aspecto denuncia, porque si con esos documentos se buscaba demostrar las circunstancias de tiempo y modo como la demandada asumió la posesión de los lotes perseguidos, lo cierto es que además de no tratarse de una prueba de práctica forzada en términos legales, lo cierto es que no era la única prueba que pudiera generar convicción sobre el hecho investigado, pues en el proceso aparecían otras que al fin de cuentas informaban sobre la situación fáctica objeto de investigación. De manera que si la respuesta se hallaba en esos elementos probatorios, razonablemente se puede concluir que ningún deber legal vulneró el sentenciador cuando no dispuso el decreto oficioso mencionado. Otro sería el raciocinio, si como ya se dijo, la utilidad y necesidad de la prueba, surgiera de la misma ley, por esta exigirla imperativamente, o de las circunstancias propias del proceso respectivo, como cuando indubitablemente conduce al hallazgo de la verdad real y a determinar la decisión final, con independencia de los demás elementos que obran en el proceso, que no sería el caso"[58].

25. No existe error de derecho en la omisión del decreto oficioso de pruebas tendentes a demostrar la cuantía del perjuicio, cuando no está probada la existencia misma del perjuicio (incluso contra la afirmación explícita del Tribunal)[59]

"Así las cosas, no pueden tildarse de caprichosas las reflexiones que condujeron al Tribunal a abstenerse de decretar oficiosamente la experticia pedida por la actora, ni que su actitud encarne rebelión contra la disposi-

[56] *Ibidem*.

[57] Sent. de 5 mayo 2000.

[58] Corte Suprema de Justicia, sent. de 5 mayo 2000. M. P.: José Fernando Ramírez Gómez, exp. 5165.

[59] Sent. de 7 noviembre 2000.

ción contenida en el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil, pues, como ha quedado dicho, no se demostró la certidumbre del daño, ello no obstante que el fallador hubiese afirmado, en contradicción con sus propias reflexiones y de espaldas al acervo probatorio que aunque estaba probado el perjuicio, no era posible su cuantificación; por supuesto que de ser ello cierto, estaba impelido, por mandato del citado precepto a decretar las pruebas que considerase pertinentes para proferir sentencia condenatoria en concreto[60].

26. Los medios de prueba que obren en el expediente interesan al esclarecimiento de los hechos sin importar la fuente de donde provienen[61]

"De otro lado, se objeta que el Tribunal haya decretado pruebas de oficio a raíz de las cuales se incorporaron al expediente varias escrituras públicas que, según el censor, no debieron ser apreciadas; sin embargo, por ese motivo no se da el error de derecho denunciado, puesto que los medios de prueba que obran en el expediente interesan al esclarecimiento de los hechos sin importar la fuente de donde provienen; antes bien, constituye deber del juzgador establecer la verdad y hacer uso de los amplios poderes de verificación que el legislador le ha otorgado"[62].

[60] Corte Suprema de Justicia, sent. de 7 noviembre 2000, M. P.: Jorge Antonio Castillo Rugeles, exp. 5606.

[61] Sent. de 8 noviembre 2000.

[62] Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil*, sent. de 8 noviembre 2000, M. P.: Silvio Fernando Trejos Bueno, exp. 4390.

Capítulo XV

PRUEBAS DE OFICIO EN MATERIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

En este acápite, como en el referido a materia civil, haremos una reseña del desarrollo legal de las facultades inquisitivas del juez en materia probatoria, pero referido al área del derecho contencioso administrativo, e incluimos un aparte jurisprudencial realizado con un enfoque evolutivo, para así apreciar sus vicisitudes.

Del examen hecho al ordenamiento jurídico colombiano desde el punto de vista histórico es menester resaltar la injerencia que ha tenido en nuestro país el sistema probatorio consagrado en materia civil sobre la normatividad existente en materia contencioso-administrativa. Por tanto, la primera consideración que hemos de hacer, se refiere a las similitudes existentes entre el Código Contencioso Administrativo (ley 167 de 1941) y el Código de Procedimiento Civil vigente cuando aquel fue expedido (ley 105 de 1931), pues nótese que consagró el mismo sistema probatorio —dispositivo— y similares instituciones para atenuarlo —v. gr. auto para mejor proveer—. Esta situación, como veremos, se repitió con la expedición del decreto 1° de 1984, según decreto 1400 de 1970.

Así entonces, el auto para mejor proveer fue consagrado en nuestro ordenamiento por primera vez en el Código Judicial (ley 105 de 1931)[1], y posteriormente fue consagrado en materia contencioso-administrativa, por el Código Contencioso Administrativo, expedido diez años después (ley 167 de 1941), en cuyo artículo 91 estableció:

[1] Recuérdese que tal codificación establecía:

"*Artículo 600*. El juez o tribunal que vaya a fallar definitivamente un asunto en segunda instancia puede dictar un auto para mejor proveer con el solo objeto de que se aclaren los puntos que juzgue oscuros o dudosos, dentro de un término que no puede pasar de veinte días más el de la distancia.

"Durante este término, se suspende el que tiene el juez o tribunal para fallar.

"Contra esta clase de providencias no se admite recurso alguno, y las partes no tienen en la ejecución de lo acordado más atribución que la que el juez o el tribunal les conceda".

"*Artículo 91.* También es potestativo de las mismas entidades dictar auto para mejor proveer, con el fin de aclarar los puntos dudosos u oscuros de la contienda.

"Para hacer practicar las correspondientes pruebas, dispondrán de un término que no podrá pasar en ningún caso de diez días, más las distancias.

"Contra esta clase de providencias no se admite recurso alguno, y las partes no tienen en la ejecución del correspondiente auto más atribuciones que las que el juzgador les confiera"[2].

Tal similitud continuó existiendo hasta la promulgación del Código de Procedimiento Civil de 1970, que inspirado en nuevas tendencias del derecho procesal, consagró un sistema inquisitivo en materia de pruebas en sus artículos 179 y 180.

La consagración de tal sistema en el nuevo estatuto de procedimiento civil (decr. 1400 de 1970) naturalmente hizo innecesario el auto para mejor proveer en los procesos civiles, no así en los procesos contenciosos administrativos, puesto que, recuérdese, tal figura también estaba consagrada en *la ley 167 de 1941.*

Y no obstante que la injerencia ejercida por el ordenamiento procesal civil sobre las normas contencioso-administrativas —tal como había sucedido con la ley 105 de 1931 según la ley 167 de 1941— va a repetirse con la expedición del decreto 1 de 1984, es importante tener en cuenta la posición tomada por la jurisprudencia durante el lapso comprendido entre la expedición del Código de Procedimiento Civil y la del decreto 1 de 1984, es decir, en vigencia de la ley 167 de 1941 en materia contencioso-administrativa, y el decreto 1400 de 1970 en materia procesal civil[3].

Tales fallos evidencian cómo para el momento de la expedición del decreto 1 de 1984 ya la jurisprudencia había interpretado las normas existen-

[2] Sobre la interpretación que de tal disposición hizo la jurisprudencia, véase el auto de 9 de julio de 1982 proferido por la Sección Tercera del Consejo de Estado con ponencia del doctor Eduardo Suescún, en el que acogiendo la posición del profesor HERNANDO DEVIS ECHANDÍA (*Derecho procesal contencioso administrativo. Conferencias,* Ediciones Rosaristas, 1980) se lee: "El artículo 91 del Código de lo [*sic*] Contencioso Administrativo, autoriza plenamente al juez administrativo para ordenar todas las pruebas que considere necesarias en orden al establecimiento de la verdad real. Para hacer uso de esta facultad oficiosa el requisito fundamental es que se trate de un hecho planteado en el juicio y además que en torno a ese hecho, después de la citación para sentencia, subsista uno de estos eventos: oscuridad probatoria, es decir, ausencia total de prueba al respecto; o duda probatoria, es decir, existencia de prueba, pero no suficiente para dar la plena certeza".

[3] Tal jurisprudencia será examinada en detalle en el acápite correspondiente a "Desarrollo Jurisprudencial".

tes en el sentido de otorgarle al juez administrativo facultades inquisitivas en materia probatoria, haciendo uso de la remisión genérica al Código de Procedimiento Civil —que entonces era el decreto 1400 de 1970— contenida en el artículo 282 de la ley 167 de 1941.

Nótese cómo, para este momento, la necesidad de modificar los procedimientos existentes en materia contencioso-administrativa era ya evidente, y la influencia que sobre tales normas tendría el Código de Procedimiento Civil nunca se cuestionó[4].

Ya teniendo por establecido lo anterior, fue promulgada la ley 58 de 1982 mediante la cual se le concedieron facultades extraordinarias al presidente para reformar el Código Contencioso Administrativo. En ejercicio de estas se nombró una comisión redactora, cuyo proyecto sobre el régimen probatorio del proceso contencioso administrativo[5] establecía:

"*Artículo 6º. Pruebas de oficio.* Podrán decretarse pruebas de oficio al resolver sobre las pedidas en los términos de fijación en lista, o en los escritos de excepciones y nulidades, y antes de dictar sentencia.

"En el proceso contencioso administrativo no habrá autos para mejor proveer".

Sobre la intención de consagrar el sistema inquisitivo en materia de pruebas, las actas de la comisión fueron contundentes:

"Si en el C. de P. C. se consagró la iniciativa probatoria del juez, con mayor razón debe hacerse en el C. C. A. dada la naturaleza pública del proceso, en el que hay un interés público por el control de legalidad de la actividad administrativa, y por ello resulta imperioso conocer la verdad real. Así lo reconoce la doctrina nacional y foránea.

"En este proyecto se reconoce la oficiosidad probatoria, aunque supletoriamente, como lo hace el C. de P. C., señalando dos oportunidades para ejercerla. Consecuencialmente se elimina el auto para mejor proveer".

[4] Esto se aprecia incluso, en la ponencia presentada por el doctor JAIME VIDAL PERDOMO para el primer debate del proyecto de ley "por el cual se conceden facultades extraordinarias al presidente de la República para reformar el Código Contencioso Administrativo", que sostuvo: "Por último, en lo que hace a grandes líneas de modificación del Código de 1941, además de las señaladas por el gobierno en la exposición de motivos, es necesario contemplar la influencia que tiene el Código de Procedimiento Civil de 1970 —hecho conforme a las nuevas orientaciones de la ciencia procesal—, para remitirse a este último en lo que se considere pertinente".

[5] De acuerdo con lo consignado en acta de 6 de junio de 1983, la comisión decidió distribuirse los temas de la ley de facultades, y les correspondió lo referente a pruebas a los doctores Carlos Betancur Jaramillo y Gustavo Humberto Rodríguez.

Finalmente, fue expedido el decreto 1 de 1984 que, siguiendo el Código de Procedimiento Civil, adoptó un sistema inquisitivo en materia de pruebas, tanto en los procedimientos administrativos[6], como en el procedimiento contencioso administrativo, para el que estableció en los artículos 169 y 209 lo siguiente:

"*Artículo 169. Pruebas de oficio.* En la primera o única instancia y antes de ordenar los traslados para alegar, podrá el ponente decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el establecimiento de la verdad.

"Tales pruebas deberán practicarse en el término extraordinario que se conceda y que no podrá exceder de diez (10) días.

"En la segunda instancia solo podrán decretarse pruebas de oficio, por una sola vez, con el fin de aclarar los puntos dudosos u oscuros de la contienda.

"Contra los autos que se dicten en desarrollo de este artículo no procederá recurso".

"*Artículo 209. Período probatorio.* Vencido el término de fijación en lista, se abrirá el proceso a pruebas. Se decretarán a petición de parte o de oficio las que se consideren procedentes y conducentes, y se fijará un término para practicarlas que no excederá de treinta (30) días, y hasta de dos (2) meses para las que deban producirse fuera del lugar de la sede. Estos términos se contarán desde la ejecutoria del auto que los señale".

Tales disposiciones fueron modificadas por los artículos 37 y 48 del decreto 2304 de 1989 respectivamente, que rezan:

"*Artículo 169. Pruebas de oficio.* En cualquiera de las instancias el ponente podrá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad. Se deberán decretar y practicar conjuntamente con las pedidas por las partes; pero, si estas no las solicitan, el ponente solo podrá decretarlas al vencimiento del término de fijación en lista.

"Además, en la oportunidad procesal de decidir, la Sala, Sección o Subsección también podrá disponer que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda. Para practicarlas deberá señalar un término de hasta diez (10) días, descontada la distancia, mediante auto contra el cual no procede ningún recurso".

"*Artículo 209. Período probatorio.* Vencido el término de fijación en lista, se abrirá el proceso a pruebas si la controversia o litigio no es de puro derecho, siempre que las partes las soliciten o que el ponente considere necesario decretarlas de oficio. Para practicarlas se fijará un término pru-

[6] Tales son las actuaciones administrativas (art. 34) y la vía gubernativa (art.57).

dencial que no excederá de treinta (30) días, pero que puede ser hasta de sesenta (60) días para las que deban recibirse fuera del lugar de la sede. Estos términos se contarán desde la ejecutoria del auto que las señale".

A causa de la sustancial modificación introducida por el decreto 2304 de 1989 y a la crítica que usualmente se le hace en el sentido de haber consagrado el auto para mejor proveer innecesariamente, dada la orientación abiertamente inquisitiva que, como ya se vio, se le quiso dar con el decreto 1 de 1984, resulta relevante tener en cuenta lo apuntado por SANTIAGO SENTÍS MELENDO, en torno al origen del "auto para mejor proveer":

"Tenemos, pues, en el derecho español, y lo mismo en el argentino, los autos para mejor proveer con la denominación y el contenido que han llegado hasta nuestros días, ya con anterioridad a la segunda mitad del siglo XIX en que se produce nuestra codificación procesal civil. Pero fijémonos bien en la trayectoria: esos autos nacen al amparo de unas leyes, que son las de Partidas, que hemos citado, en las cuales no se regulaba la facultad del juez para acordar unas pruebas cuando los autos estaban para sentencia, sino que se le facultaba para intervenir en la prueba y para acordar medidas probatorias a lo largo del proceso. Lo que indudablemente sucedió es que la inercia judicial, haciendo del juez, cada día más, un espectador del proceso, en contra de los que quería el Rey Sabio, esto es, que fueran acuciosos «en puñar, de faber la verdad del por quantas maneras pudieren», determinó que los jueces no hiciesen uso de sus facultades mientras el proceso seguía avanzando; y surgiera la necesidad de concretar en un momento final lo que no había sabido hacerse a lo largo de todo un trayecto procesal. Así, en el derecho español, se fue, de una concepción de *facultades del juez*, que hoy es actual y es la que propugnan los estudiosos y los legisladores, a una concepción que hoy se considera superada. Las Leyes de Partidas querían al *juez director*; pero, al no concretarse en la práctica esa figura, y siendo el juez un *espectador* hasta el momento definitivo, se creó, como mal menor, y en contra de la opinión de muchos autores, la figura de los autos, providencias o medidas para mejor proveer, que nuestros códigos regulan"[7].

En cuanto a la evolución jurisprudencial, debemos anotar la mayoría de fallos referidos a las facultades inquisitivas del juez son posteriores al decreto 2304 de 1984, pues mediante tal reforma que se consagra el principio inquisitivo en materia de pruebas en lo contencioso administrativo. Como ya se explicó, para tal momento el Consejo de Estado había profe-

[7] SANTIAGO SENTÍS MELENDO, *Estudios de derecho procesal*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.

rido ya algunos fallos en los que consideraba deber del fallador decretar pruebas de oficio, de acuerdo con lo establecido en los artículos 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil mediante la aplicación de lo establecido en el artículo 282 de la ley 167 de 1941.

Así, por ejemplo, en auto de 3 de diciembre de 1980, la Sala Plena del Consejo de Estado consideró aplicable la codificación procesal civil al juez administrativo al afirmar:

"Como las facultades inquisitivas del Juez administrativo fueron ampliadas por los arts. 179 y 180 del C. de P. C., se decretan como medida de saneamiento y como pruebas de oficio, los referidos documentos"[8].

En sentido similar, en sentencia de 2 de marzo de 1982, la Sala Plena decidió una demanda en la que se solicitaba se declarase la responsabilidad civil de la nación y se le condenase al pago de los perjuicios morales sufridos por el padre legítimo de las víctimas. Dado que para acreditar el estado civil de padre legítimo se requería además de la partida civil de nacimiento del hijo la de matrimonio de los padres, y esta última no fue allegada al proceso, el ministerio público en su concepto comentó:

"Sin embargo, esta agencia del ministerio público, teniendo en cuenta que es un deber del fallador decretar pruebas de oficio cuando lo crea necesario para la verificación de los hechos alegados por las partes, y en busca de la verdad real, comedidamente se permite insinuar al señor consejero ponente, que haciendo uso de las facultades que le otorgan los artículos 179 y 180 del C. de P. C., disponga que antes de dictar sentencia se arrime por la parte actora las partidas de matrimonio de origen civil, aquí echadas de menos".

Proposición sobre lo que el Consejo de Estado se pronunció en los siguientes términos:

"Con las copias de estos registros matrimoniales se superaron las deficiencias anotadas por la Fiscalía y, por tanto, procede entrar al fondo del asunto, no sin reiterar la facultad que tiene el juez administrativo para decretar pruebas en forma oficiosa conforme los arts. 179 y 180 del C. de P. C., en orden a descubrir a verdad real y asegurar la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial"[9].

[8] Consejo de Estado, auto de 3 diciembre 1980, proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, exp. 10.661, con ponencia del consejero Eduardo Suescún.

[9] Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sent. de 2 marzo 1982. Consejero ponente: Eduardo Suescún, rad.: 10.719.

No obstante la trascendental interpretación hecha en las providencias mencionadas, es necesario resaltar cómo durante el mismo período la interpretación hecha por el Consejo de Estado sobre el alcance del auto para *mejor proveer, consagrado en la ley 167 de 1941, también tendió a ampliarse*. En este sentido, esta corporación comentó:

"El artículo 91 del Código de lo Contencioso Administrativo, autoriza plenamente al juez administrativo para ordenar todas las pruebas que considere necesarias en orden al establecimiento de la verdad real. Para hacer uso de esta facultad oficiosa el requisito fundamental es que se trate de un hecho planteado en el juicio y además que en torno a ese hecho, después de la citación para sentencia, subsista uno de estos eventos: oscuridad probatoria, es decir, ausencia total de prueba al respecto; o duda probatoria, es decir, existencia de prueba, pero no suficiente para dar la plena certeza"[10].

Estos pronunciamientos evidencian la importante labor que había venido realizando el Consejo de Estado, al otorgarle poderes inquisitivos al juez administrativo en vigencia de la ley 167 de 1941, por vía interpretativa —recurriendo al Código de Procedimiento Civil—.

Puesto que tal había sido la orientación de la jurisprudencia hasta entonces, *la expedición del nuevo Código Contencioso Administrativo* (1984) —como era de esperarse— acabó con los cuestionamientos de la interpretación comentada, le otorgó poderes inquisitivos al juez administrativo de manera expresa en los artículos 169 y 209 y dejó atrás la necesidad de remitirse al Código de Procedimiento Civil para lograr tal efecto. Así por ejemplo, sostuvo:

"La carencia de conocimientos del fallador no es disculpa de recibo para negarse a decidir la controversia mediante un fallo que no sea debidamente ilustrado y justo. El juez está obligado a utilizar los poderes que le otorgan las leyes procedimentales para allegar al proceso las pruebas técnicas necesarias a fin de darle suficiente claridad e inteligencia al asunto debatido y encontrar la verdad real sobre la apariencia que deja el exagerado culto al ropaje procedimental"[11].

No obstante que la redacción de tales preceptos acabó con la tesis que restringía el alcance de los poderes inquisitivos del juez a la simple clari-

[10] Consejo de Estado. *Sección tercera*. Auto de 9 julio 1982. Consejero ponente: Eduardo Suescún, exp.2603.

[11] Consejo de Estado. Sección tercera, sent. de 9 noviembre 1984. Consejero ponente: Jorge Valencia Arango, exp. 3743.

ficación de aspectos sobre los que se hubiesen practicado pruebas, la nueva redacción también los limitaba, pero al campo temporal, al establecer: "antes de ordenar los traslados para alegar"; en este sentido, el Consejo de Estado afirmó:

"El Código Contencioso Administrativo introduce la iniciativa probatoria del juzgador y señala dos oportunidades para ejercerla: una, al decretar las pruebas pedidas por las partes (art. 209), y otra, antes de ordenar los traslados para alegar (art. 189). Y es claro que si en el auto que repone el que decreta pruebas se toma la decisión de aclarar alguna de las pedidas, se está actuando dentro de la primera de ellas, y dentro de la capacidad que confiere la oficiosidad probatoria, que obviamente no puede limitarse a ordenar pruebas nuevas sino también a clarificar o ampliar las medidas. Es esa una de las más importantes novedades que trae el nuevo estatuto de lo contencioso administrativo.

"Tampoco puede considerarse que la prueba oficiosa atribuida ahora al juez de lo contencioso administrativo tenga un carácter supletorio o apenas complementario de la señalada a las partes, sino que ella es tan amplia que bien puede ser ejercitada por el magistrado aun en ausencia de petición probatoria de parte, pues lo que se pretende con la consagración de la iniciativa oficial de la prueba es lograr el conocimiento de la llamada verdad real a fin de satisfacer la finalidad del proceso, que es la de determinar si la actividad administrativa juzgada estuvo o no viciada de ilegalidad"[12].

Debe anotarse que tal restricción fue suprimida por la redacción dada al artículo 169, mediante el decreto 2304 de 1989.

Otro aspecto relevante dentro de la evolución aquí reseñada es que, contrario a la posición adoptada por la Corte Suprema de Justicia (Sala Civil) por la misma época, el Consejo de Estado ha sido claro en advertir que los poderes inquisitivos del juez no autorizan a las partes a pretender que el funcionario supla su negligencia probatoria, con excepción de los procesos de pérdida de investidura, de acuerdo con lo precisado en reciente providencia[13].

"Aunque en derecho procesal administrativo el juez tiene amplias facultades para decretar la prueba de oficio, con miras a buscar la verdad real, las partes no podrán pretender que por ese sendero de posibilidad se supla por el funcionario la negligencia, desidia o desinterés con que estas

[12] Consejo de Estado. Sección cuarta. Auto de 12 diciembre 1984. Consejero ponente: Gustavo Humberto Rodríguez, exp. 0168.

[13] Consejo de Estado, Sala Plena, sent. de 1º febrero 2000. M. P.: Ricardo Hoyos Duque, rad. AC-7974.

puedan atender, en un momento dado, los intereses que les han sido confiados"[14].

"Bien sabido es que las pruebas de oficio, si bien van orientadas a buscar la verdad real, no pueden suplir la negligencia de los apoderados en el manejo de los medios probatorios"[15].

"De otro lado, sumo cuidado ha de tener el juez en la materia, no sea que aparezca, voluntaria o involuntariamente, mejorada la situación probatoria de las partes, con rompimiento del equilibrio procesal. La facultad judicial no podría mudarse en discrecional protección al descuido, olvido o negligencia de las partes"[16].

Ahora bien, la inconveniente redacción del decreto 2304 de 1989 se vio reflejada en los fallos proferidos en los años subsiguientes, en los que se interpretaron restrictivamente las facultades inquisitivas del juez administrativo, salvo algún aislado pronunciamiento[17]. Así, por ejemplo:

"La norma en que se apoya el pedimento establece dos limitaciones a la posibilidad de disponer, en la oportunidad procesal de decidir, que se practiquen pruebas: que se trate de las necesarias para establecer puntos oscuros o dudosos de la contienda. En cuanto a la necesidad de la prueba, es viable; pero no se da la segunda exigencia de la norma, pues no obrando en los autos medio probatorio alguno legalmente producido y, por ende, idóneo para demostrar el aspecto cuestionado, no se configura el requerimiento atinente al esclarecimiento de «puntos oscuros o dudosos de la contienda»"[18].

"Debe expresar la Sala su negativa en relación con las pruebas pedidas por la ilustre colaboradora del Ministerio Público, en razón a que la carga de la prueba en estos procesos corresponde a las partes y no se puede de-

[14] Consejo de Estado. Sección tercera, sent. de 30 octubre 1986. Consejero ponente: Julio César Uribe Acosta, rad. 4098.

[15] Consejo de Estado. Sección tercera, sent. de 21 enero 1987. Consejero ponente: Julio César Uribe Acosta, rad. 4993.

[16] Consejo de Estado. Sala Contenciosa Electoral, sent. de 12 mayo 1987. Consejero ponente: Hernán Guillermo Aldana Duque.

[17] "El artículo 169 del C. C. A. otorga al juez, ponente del proceso, la facultad de decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para llegar a la verdad material de los hechos que son objeto de la controversia bajo su conocimiento. Tal facultad puede ser, por supuesto, desarrollada con base en su iniciativa propia y exclusiva, o inducida por las partes mediante el señalamiento o la sugerencia al juez sobre su importancia en incidencia en la definición del asunto".

[18] Consejo de Estado. Sección quinta, sent. de 8 febrero 1991. M. P.: Amado Gutiérrez Velásquez.

cretar de oficio, porque no se trata en este caso de un punto oscuro o dudoso de la contienda, sino de ausencia de prueba de lo afirmado por la actora"[19].

"Es cierto que las pruebas de oficio las puede ordenar el Tribunal o el Consejo de Estado, *pero no es ni un deber, ni una obligación para el juzgador*; es una decisión potestativa con el único fin de aclarar puntos oscuros o dudosos de la litis, pero nunca como lo pretende el demandante, para suplir la prueba conducente y necesaria para decir el derecho frente a las pretensiones de la demanda"[20].

Recientemente, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha venido ampliando su interpretación tanto del artículo 169 del Código Contencioso Administrativo, como de las facultades inquisitivas del juez en materia probatoria; en este sentido, ha dicho:

"En cuanto al fundamento de la providencia del tribunal *a quo*, la Sala observa que si bien es cierto que la carga de la prueba o la «...carga procesal es una situación jurídica, instituida en la ley consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él»; también lo es que los artículos 37, numeral 4, 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil, aplicables en materia contencioso administrativa por mandato expreso del artículo 267 del C. C. A., muestran que la actuación del juez en el campo de la prueba debe tener presente el principio inquisitivo, el cual le impone a dicho funcionario el deber de esclarecer oficiosamente la realidad fáctica en litigio, para garantizar de esa manera que sus decisiones de fondo sean adoptadas en forma justa. Resulta así que el cometido del juez no puede quedarse en la simple aplicación de las leyes ante un material probatorio dado, sin posibilidad alguna, *motu proprio*, de adelantar inquisiciones propias que lo lleven a formar su conciencia y a adquirir el grado de convicción necesario para el litigio planteado. El juez tiene, pues, la misma iniciativa, o incluso una más amplia, frente al debate probatorio que la propia de los extremos en litigio, pues a él no lo mueven intereses privados, como a las partes, sino uno público, de mayor jerarquía, cual es la realización de la justicia, como fin esencial del Estado. La legislación contencioso administrativa le impone al juez el deber de solicitar en el auto admisorio de la demanda los antecedentes administrativos del acto acusado, los cuales están representados en

[19] Consejo de Estado. Sección quinta, sent. de 5 octubre 1994. Consejero ponente: Luis Eduardo Jaramillo Mejía, rad. 1112.

[20] Consejo de Estado. Sección segunda, sent. proferida el 4 diciembre 1995 con ponencia del doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora, rad. 9023.

el *sub lite* por el expediente administrativo que condujo a la imposición de la sanción[21].

"Ahora bien, en el ejercicio de la facultad oficiosa para decretar pruebas en segunda instancia, el juez no encuentra mas que un límite temporal o de oportunidad, de allí que no se encuentra sujeto a los requisitos de procedencia establecidos en el artículo 214 del C. C. A., norma que se refiere, de forma clara, a los casos en que las pruebas sean solicitadas por las partes"[22].

En los procesos de pérdida de investidura

Del examen hecho a los fallos proferidos por el Consejo de Estado en este tipo de procesos, debe resaltarse que incluso con anterioridad a la expedición de la ley 144 de 1994, tal corporación consideraba procedente el decreto oficioso de pruebas en los procesos de pérdida de investidura —aunque no de manera unánime, dado que algunos consejeros consideraban que tal institución no tenía cabida en estos procesos, puesto que la celeridad buscada por el constituyente a estas causas resultaba contrariada con su decreto y práctica—. En tal sentido, el Consejo de Estado sostuvo:

"En cuanto al decreto oficioso de pruebas, debe reiterar la Sala que es deber del juez buscar la verdad real de los asuntos sometidos a su juzgamiento y para ello goza en el procedimiento ordinario de la facultad de ordenar pruebas de oficio cuando lo estime necesario, como lo prevé el artículo 209 del Código Contencioso Administrativo"[23].

En el año 2000 fue proferida una sentencia en materia de pérdida de investidura, en la que claramente se aprecia la intención del Consejo de Estado de reiterar el carácter inquisitivo del proceso contencioso administrativo.

En tal proceso decidió la Sala Plena la solicitud de pérdida de investidura de un senador de la República, por hallarse incurso en la causal de inhabilidad prevista en el artículo 179,5 de la Constitución. Para esto, al momento de estudiar el proyecto de fallo decretó algunas pruebas de oficio tendentes a probar el parentesco entre el senador demandado y el miembro de la Comisión Nacional de Televisión.

Los consejeros que salvaron su voto ante el auto que decretó tales pruebas sostuvieron que el proceso de pérdida de investidura estaba regulado en su integridad en la ley 144 de 1994 y, por tanto, no había lugar a decre-

[21] Consejo de Estado. Sección primera, sent. de 16 noviembre 2001. Consejero ponente: Manuel Santiago Urueta Ayola.

[22] Consejo de Estado. Sección tercera. Auto de 29 junio 2000. Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, rad. 14936.

[23] Consejo de Estado, Sala Plena, sent. de 5 octubre 1993. Consejero ponente: Dolly Pedraza de Arenas, exp. AC-500.

tar pruebas con posterioridad a la audiencia, so pena de que estas quedaran viciadas de nulidad, de conformidad con el artículo 29 de la Carta; que con tal decisión se vulneraba el derecho de defensa del demandado, porque se trataba de obtener medios de prueba para demostrar hechos que no fueron alegados por el solicitante y, porque como la prueba se ordenó con posterioridad a la audiencia, el demandado no tenía oportunidad de controvertirla. Sostuvo el Consejo de Estado:

"La Sala podía decretar pruebas en el momento procesal en que lo hizo. Este primer punto involucra dos asuntos importantes de tratar: uno referido al alcance de los poderes oficiosos del juez en materia de pérdida de investidura y el otro a la oportunidad procesal para pedir pruebas en dicho proceso. La facultad de decretar de oficio en las acciones de pérdida de investidura se deriva del carácter inquisitivo del proceso en el derecho colombiano que obliga al juez a asumir una conducta activa en todo momento, así las partes hayan obrado de manera negligente en el aporte o solicitud de las mismas. Deber que se torna aun más imperativo tratándose de un asunto disciplinario y en particular en casos como el que se examina, en el cual se encuentra comprometido sensiblemente el interés general por la alta misión que desempeña el servidor público acusado. En síntesis, el principio de la carga de la prueba no es incompatible en el derecho colombiano con la facultad oficiosa del juez de decretar pruebas para esclarecer la verdad al margen de la actividad de las partes.

"Si el decreto de pruebas de oficio no se discute en los procesos en los cuales solo entran en juego los intereses particulares de los demandantes, mucho menos puede serlo cuando se trata de asuntos que involucran el interés general. En consecuencia, la Sala sí estaba facultada para decretar pruebas de oficio.

"Ahora bien, en el caso concreto las pruebas podían ser decretadas al final de la audiencia, pues de conformidad con lo previsto en el artículo 169 del C. C. A. en la oportunidad procesal de decidir, se «podrá disponer que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda», norma esta que resulta aplicable en este procedimiento por mandato del artículo 8º de la ley 153 de 1887 que establece el principio de la plenitud del ordenamiento jurídico, según el cual no hay lagunas o vacíos insalvables toda vez que cuando no existe ley exactamente aplicable al caso, el juez está obligado a aplicar la ley que regula casos o materias semejantes"[24].

[24] Consejo de Estado, Sala Plena, sent. de 1º febrero 2000. Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque, rad. AC-7974.

Posteriormente, siguiendo el criterio sentado en tal providencia, sostuvo:

"En el proceso de pérdida de investidura debe garantizarse el derecho de defensa del demandado; sin embargo, ello no puede extremarse a desconocer las pruebas válidamente recaudadas por haber sido oportunamente decretadas y controvertidas en el proceso, que en este caso establecen que hubo una indebida destinación de dineros públicos, congruente con el planteamiento de la solicitud de pérdida de investidura. Garantizar el debido proceso y respetar la congruencia de la sentencia, no puede derivar en la aniquilación de los poderes del juez de la pérdida de investidura al limitarlo a los hechos tal y como fueron presentados por el demandante. Este tiene que intervenir y ejercer sus poderes de dirección del proceso, de interpretar la demanda, como ocurrió en el caso que ocupa la atención de la Sala, cuando se ordenó su corrección. Así, pues, el juez como director del proceso, puede apartarse de los conceptos presentados por el demandante, pues tiene el deber en todos los casos de esclarecer la verdad real, sin que tal posición desconozca la congruencia de la sentencia. Como se ha indicado en oportunidades anteriores, no puede perderse de vista que además de sanción disciplinaria, la pérdida de investidura es una acción pública que puede ser interpuesta por cualquier ciudadano, de forma tal que si bien para su admisión deben cumplirse las exigencias mínimas de que trata el artículo 4º de la ley 144 de 1994, en la interpretación de la demanda debe darse prevalencia al derecho sustancial, puesto que una interpretación en extremo rigurosa haría nugatorio el derecho de defensa"[25].

Con la sentencia proferida por la Sala Plena el 12 de febrero de 2002, el Consejo de Estado se reitera en lo sostenido por la mayoría en la sentencia de 1º de febrero de 2000, en los siguientes términos:

"Si bien en el texto de la ley 144 de 1994 no aparece prevista la facultad de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo para proferir auto para mejor proveer regulado en el artículo 163 del C. C. A., no por ello tal trámite procesal resulta ajeno al proceso de pérdida de investidura de congresistas, no solo por la filosofía misma que conlleva el ejercicio de la mencionada acción y la obligación que genera para el juez su aplicación, sino porque la naturaleza de tal proceso no resulta incompatible con el cumplimiento de los fines que debe desarrollar el fallador en la búsqueda de la verdad real"[26].

[25] Consejo de Estado, Sala Plena, sent. de 5 febrero 2001. *Ponente*: Germán Ayala Mantilla, rad. AC-10.528 y AC-10.967.

[26] Consejo de Estado, Sala Plena, sent. de 12 febrero 2002. Consejera ponente: Olga Inés Navarrete, rad. REVPI-002.

CAPÍTULO XVI

PRINCIPIOS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE PRUEBAS DE OFICIO* EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

1. EL AUTO PARA MEJOR PROVEER PERMITE, ADEMÁS DE DECRETAR OFICIOSAMENTE PRUEBAS, TENER COMO TALES LAS QUE AÚN NO HAN SIDO DEBIDAMENTE INCORPORADAS AL PROCESO

"Como en este proceso se llenan los requisitos que la ley exige (art. 90 del C. C. A.) a fin de que pueda acudirse al auto para mejor proveer, pues existen puntos dudosos y oscuros de la controversia que deben aclararse mediante algunas pruebas documentales que fueron aportadas al expediente, mas no decretados, se resuelve tener como pruebas...[1].

"Con todo, la Sala observando que el señor apoderado aduce que el 12 de agosto de 1994 se dictó innecesariamente un auto para mejor proveer mediante el cual fue solicitado a la oficina correspondiente un ejemplar de la gaceta de Cundinamarca en la cual constara la publicación del Decreto Departamental 295, de 15 de febrero de 1994, y que según su parecer ya se encontraba aportada legalmente al expediente visible a los folios 49 a 54 del cuaderno principal, aprovecha la oportunidad para señalarle que tal documento obrante a los folios 49 a 54 del cuaderno principal, presentado como prueba por la coadyuvante M. C., fue rechazado por extemporáneo por auto de fecha 25 de mayo de 1994. Y la falta de esta prueba esencial, que no se encontraba debidamente incorporada al proceso, fue precisamente

* Ya que la multiplicidad de materias cuyo conocimiento corresponde al Consejo de Estado impide hacer un tratamiento indistinto de sus pronunciamientos, se recomienda tener en cuenta la materia, sección y acción que originó cada una de las providencias, para comprender cabalmente el alcance de cada principio.

[1] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto para mejor proveer de 22 febrero 1984. Consejera ponente: Aydée Anzola Linares, exp. 11.015.

lo que se tuvo en cuenta para pronunciar, el 12 de agosto de 1994, el auto para mejor proveer"[2].

2. La facultad de decretar pruebas de oficio puede ser inducida por las partes mediante el señalamiento o sugerencia al juez sobre su importancia e incidencia en la definición del asunto[3]

"El artículo 169 C. C. A. otorga al juez, ponente del proceso, la facultad de decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para llegar a la verdad material de los hechos que son objeto de la controversia bajo su conocimiento. Tal facultad puede ser, por supuesto, desarrollada con base en su iniciativa propia y exclusiva, o inducida por las partes mediante el señalamiento o la sugerencia al juez sobre su importancia en incidencia en la definición del asunto"[4].

3. Los poderes inquisitivos del juez no autorizan a las partes a pretender que el funcionario supla su negligencia probatoria[5].

"Aunque en derecho procesal administrativo el juez tiene amplias facultades para decretar la prueba de oficio, con miras a buscar la verdad real, las partes no podrán pretender que por ese sendero de posibilidad se supla por el funcionario la negligencia, desidia o desinterés con que estas puedan atender, en un momento dado, los intereses que les han sido confiados[6].

"Bien sabido es que las pruebas de oficio, si bien van orientadas a buscar la verdad real, no pueden suplir la negligencia de los apoderados en el manejo de los medios probatorios[7].

"De otro lado, sumo cuidado ha de tener el juez en la materia, no sea que aparezca, voluntaria o involuntariamente, mejorada la situación pro-

[2] Consejo de Estado. Sección quinta. Auto de 20 enero 1995. Consejero ponente: Miguel Viana Patiño, exp. 1107.

[3] Pronunciado en materia tributaria.

[4] Consejo de Estado. Sección cuarta. Auto de 3 agosto 1990. M. P.: Guillermo Chahín Lizcano, rad. 2739.

[5] A tal regla se establece la excepción de los procesos de pérdida de investidura, como se precisará más adelante.

[6] Consejo de Estado. Sección tercera, sent. de 30 octubre 1986. Consejero ponente: Julio César Uribe Acosta, rad. 4098.

[7] Consejo de Estado. Sección tercera, sent. de 21 enero 1987. Consejero ponente: Julio César Uribe Acosta, rad. 4993.

batoria de las partes, con rompimiento del equilibrio procesal. La facultad judicial no podría mudarse en discrecional protección al descuido, olvido o negligencia de las partes"[8].

4. La facultad oficiosa atribuida al juez contencioso administrativo no tiene un carácter supletivo

"Tampoco puede considerarse que la prueba oficiosa atribuida ahora al juez de lo contencioso administrativo tenga un carácter supletorio o apenas complementario de la señalada a las partes, sino que ella es tan amplia que bien puede ser ejercitada por el magistrado aun en ausencia de petición probatoria de parte, pues lo que se pretende con la consagración de la iniciativa oficial de la prueba es lograr el conocimiento de la llamada verdad real a fin de satisfacer la finalidad del proceso, que es la de determinar si la actividad administrativa juzgada estuvo o no viciada de ilegalidad"[9].

5. La omisión del decreto oficioso de pruebas que de haberse solicitado habrían evitado el proferimiento de una sentencia inhibitoria, no constituye una vía de hecho que haga procedente la acción de tutela contra tal providencia judicial[10]

"Pretende el accionante por medio de la acción de tutela, se proceda a la reapertura del proceso en el cual se dictó sentencia inhibitoria, las razones de su inconformidad las resume en el hecho de que el funcionario judicial omitió un deber ineludible el cual fue decretar pruebas de oficio, puesto que después de presentada la demanda surgió la falta de legitimación en la causa por activa, lo cual condujo al fallo inhibitorio.

"[...]

"No se encuentra que la accionada esté incursa en alguno de los anteriores elementos[11] para que proceda la vía de hecho, puesto que el accionante tuvo las correspondientes oportunidades procesales [para] alegar el hecho mencionado en el transcurso del proceso, ya que al mismo corres-

[8] Consejo de Estado, Sala Contenciosa Electoral, sent. de 12 mayo 1987. Consejero ponente: Hernán Guillermo Aldana Duque.

[9] Consejo de Estado, Sección cuarta. Auto de 12 diciembre 1984. Consejero ponente: Gustavo Humberto Rodríguez, exp. 0168.

[10] Acción de tutela.

[11] Tales elementos son: a) una operación material o un acto que supere el simple ámbito de la decisión; b) Un juicio sobre la actuación que desnaturaliza su carácter jurídico, lo que implica una mayor gravedad que la que se deriva del simple juicio de legalidad; y, c) una grave lesión o amenaza de un derecho fundamental.

pondía la carga de la prueba en virtud de las afirmaciones esgrimidas, y en cuanto a que el juez goza de facultad oficiosa en materia probatoria cuando se presentan dudas en el transcurso del proceso, no es excusa para que con dicha facultad se supla la negligencia de los sujetos procesales, observando el principio de la carga de la prueba, según el cual, «incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen»"[12].

6. El artículo 214 del C. C. A. se refiere a las pruebas solicitadas por las partes, por lo que no resulta limitativo de las facultades inquisitivas del juez

"Ahora bien, en el ejercicio de la facultad oficiosa para decretar pruebas en segunda instancia, el juez no encuentra más que un límite temporal o de oportunidad, de allí que no se encuentra sujeto a los requisitos de procedencia establecidos en el artículo 214 del C. C. A., norma que se refiere, de forma clara, a los casos en que las pruebas sean solicitadas por las partes"[13].

7. El juez puede decretar pruebas de oficio para demostrar asuntos no planteados en la demanda si se trata de proteger un derecho fundamental de aplicación inmediata o se evidencia una incompatibilidad manifiesta entre una norma de inferior categoría y la Constitución, y debe aplicarse la excepción de inconstitucionalidad[14]

"El proceso contencioso electoral tiene por finalidad juzgar las controversias que se susciten en relación con la legalidad de un acto administrativo de contenido electoral. En otras palabras, este proceso busca decidir las demandas que intentan desvirtuar la presunción de legalidad que ampara todas las decisiones de la administración. En tal virtud, por regla general, el marco de competencia del juez administrativo está limitado a la existencia de una demanda y a los cargos que allí se exponen, por lo que se encuentra impedido para pronunciarse en relación con puntos que no han sido acusados y sustentados por el demandante. Ello significa, entonces, que por regla general el fallo en materia electoral está limitado a la *causa petendi* y no puede ser *extra petita*. Sin embargo, excepcionalmente la sentencia en materia electoral puede decidir un asunto que no fue invocado en

[12] Consejo de Estado. Sección cuarta, sent. de 3 marzo 2000. Consejero ponente: Julio E. Correa Restrepo, exp: AC-9574.

[13] Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto de 29 junio 2000. Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, rad. 14936.

[14] Providencia referida a materia electoral.

la demanda, pero única y exclusivamente cuando se trata de proteger un derecho fundamental de aplicación inmediata o cuando se evidencia una incompatibilidad manifiesta entre una norma de inferior jerarquía y la Constitución, esto es, cuando debe aplicarse la excepción de inconstitucionalidad. De hecho, estas dos excepciones se derivan de la declaratoria de exequibilidad condicionada del artículo 137, numeral 4, del Código Contencioso Administrativo. Ahora bien, la excepcionalidad del fallo *extra petita* y la exigencia de los cargos como requisito sustancial de la demanda no puede confundirse con la facultad del juez para decretar pruebas de oficio. Así las cosas, se tiene que el Tribunal Administrativo de La Guajira no podía solicitar pruebas de oficio para demostrar asuntos no planteados en la demanda ni tampoco podía estudiar ni declarar la nulidad de los votos depositados en las mesas de votación que no fueron impugnadas en la demanda, en tanto que no se vislumbra que con ese hecho se presenten cualquiera de las dos excepciones"[15].

8. Es deber del juez administrativo buscar la verdad real de los asuntos sometidos a su juzgamiento[16]

"Al respecto observa esta corporación: la carencia de conocimientos del fallador no es disculpa de recibo para negarse a decidir la controversia mediante un fallo que no sea debidamente ilustrado y justo. El juez está obligado a utilizar los poderes que le otorgan las leyes procedimentales para allegar al proceso las pruebas técnicas necesarias a fin de darle suficiente claridad e inteligencia al asunto debatido y encontrar la verdad real sobre la apariencia que deja el exagerado culto al ropaje procedimental"[17].

"Así, pues, el juez como director del proceso, puede apartarse de los conceptos presentados por el demandante, pues tiene el deber en todos los casos de esclarecer la verdad real, sin que tal posición desconozca la congruencia de la sentencia"[18].

[15] Consejo de Estado. Sección quinta, sent. de 14 diciembre 2001. Consejero ponente: Darío Quiñónez Pinilla.

[16] Reiterada en sent. de 2 marzo 1982, Sala Plena; auto de 9 julio 1982, Sección tercera; sent. de 9 noviembre 1984, Sección tercera; auto de 12 diciembre 1984, Sección cuarta; auto de 3 agosto 1990, rad. 2739, Sección cuarta; sent. de 5 octubre 1993, Sala Plena, exp. AC-500; sent. de 1° febrero 2000, rad. AC-7494, Sala Plena; sent. de 16 noviembre 2001, Sección primera; sent. de 12 febrero 2002.

[17] Consejo de Estado. Sección tercera. sent. de 9 noviembre 1984. Consejero ponente: Jorge Valencia Arango, exp. 3743.

[18] Consejo de Estado, Sala Plena, sent. de 5 febrero 2001. Ponente: Germán Ayala Mantilla, rads. AC-10.528 y AC-10.967.

"En cuanto al fundamento de la providencia del Tribunal *a quo*, la Sala observa que si bien es cierto que la carga de la prueba o la «...carga procesal es una situación jurídica, instituida en la ley consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él»; también lo es que los artículos 37, numeral 4, 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil, aplicables en materia contencioso-administrativa por mandato expreso del artículo 267 del C. C. A., muestran que la actuación del juez en el campo de la prueba debe tener presente el principio inquisitivo, el cual le impone a dicho funcionario el deber de esclarecer oficiosamente la realidad fáctica en litigio, para garantizar de esa manera que sus decisiones de fondo sean adoptadas en forma justa. Resulta así que el cometido del juez no puede quedarse en la simple aplicación de las leyes ante un material probatorio dado, sin posibilidad alguna, *motu proprio,* de adelantar inquisiciones propias que lo lleven a formar su conciencia y a adquirir el grado de convicción necesario para el litigio planteado. El juez tiene, pues, la misma iniciativa, o incluso una más amplia, frente al debate probatorio que la propia de los extremos en litigio, pues a él no lo mueven intereses privados, como a las partes, sino uno público, de mayor jerarquía, cual es la realización de la justicia, como fin esencial del Estado. La legislación contencioso-administrativa le impone al juez el deber de solicitar en el auto admisorio de la demanda los antecedentes administrativos del acto acusado, los cuales están representados en el *sub lite* por el expediente administrativo que condujo a la imposición de la sanción"[19].

Principios particulares en los procesos de pérdida de investidura

9. El juez tiene el deber de decretar pruebas de oficio, aunque las partes hayan obrado de manera negligente en el aporte o solicitud de estas

"La facultad de decretar de oficio en las acciones de pérdida de investidura se deriva del carácter inquisitivo del proceso en el derecho colombiano que obliga al juez a asumir una conducta activa en todo momento, así las partes hayan obrado de manera negligente en el aporte o solicitud de las mismas. Deber que se torna aun más imperativo tratándose de un asunto disciplinario y en particular en casos como el que se examina, en el cual se encuentra comprometido sensiblemente el interés general por la alta

[19] Consejo de Estado. Sección primera, sent. de 16 noviembre 2001. Consejero ponente: Manuel Santiago Urueta Ayola.

misión que desempeña el servidor público acusado. En síntesis, el principio de la carga de la prueba no es incompatible en el derecho colombiano con la facultad oficiosa del juez de decretar pruebas para esclarecer la verdad al margen de la actividad de las partes.

"Si el decreto de pruebas de oficio no se discute en los procesos en los cuales solo entran en juego los intereses particulares de los demandantes, mucho menos puede serlo cuando se trata de asuntos que involucran el interés general. En consecuencia, la Sala sí estaba facultada para decretar pruebas de oficio"[20].

10. Es posible decretar pruebas de oficio con posterioridad a la audiencia, aunque la ley 144 de 1994 no lo contemple[21]

"Si bien en el texto de la ley 144 de 1994 no aparece prevista la facultad de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo para proferir auto para mejor proveer regulado en el artículo 163 del C. C. A., no por ello tal trámite procesal resulta ajeno al proceso de Pérdida de Investidura de congresistas, no solo por la filosofía misma que conlleva el ejercicio de la mencionada acción y la obligación que genera para el juez su aplicación, sino porque la naturaleza de tal proceso no resulta incompatible con el cumplimiento de los fines que debe desarrollar el fallador en la búsqueda de la verdad real"[22].

11. El decreto de pruebas de oficio en la segunda instancia es excepcional y solo procede en los casos contemplados en el artículo 214 del C. C. A.[23]

"El decreto de pruebas de oficio en la segunda instancia es excepcional y procede únicamente en los casos contemplados en el art. 214 del ordenamiento procesal administrativo, esto es, respecto de las dejadas de practicar en la primera instancia pese a que fueron decretadas; las que versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas, pero solamente para demostrar o desvirtuar los hechos, la prueba

[20] Consejo de Estado, Sala Plena, sent. de 1° febrero 2000, M. P.: Ricardo Hoyos Duque, rad. AC-7974.

[21] Reiterada en sent. de 1° febrero 2000, Sala Plena, rad. 7974.

[22] Consejo de Estado, Sala Plena, sent. de 12 febrero 2002. Consejera ponente: Olga Inés Navarrete, rad. REVPI-002.

[23] Pronunciado en materia contractual.

documental no aducida en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria y las que traten de desvirtuar el hecho anterior.

"La prueba pericial en la que insistió la parte actora, no se solicitó en la demanda ni en las oportunidades procesales subsiguientes, pese a la importancia que le atribuye. Tampoco se enmarcó en alguno de los eventos señalados por el art. 214 del C. C. A. De tal manera que no obstante los amplios poderes de investigación que posee el juez, entre ellos el de decretar pruebas de oficio, no pueden los demandantes so pretexto de los vacíos probatorios que perciben en el transcurso del proceso y que pudieron prever al momento de preparar las demandas, esperar a que el juzgador utilice esos poderes y llene esos vacíos y menos en esta instancia"[24].

12. El juez administrativo no tiene el deber de decretar pruebas de oficio para condenar en concreto, puesto que el artículo 172 del Código Contencioso Administrativo permite la condena "in genere"

"En lo que hace a la apreciación del apoderado de la parte actora de que el Consejo de Estado debió decretar de oficio, de conformidad con el *artículo 307 del C. de P. C., las pruebas necesarias tendentes a condenar en* concreto, es de observar que dicha norma no es aplicable al proceso contencioso administrativo, pues existe norma expresa en el C. C. A. respecto de la atribución potestativa que tiene el juez administrativo para decretar pruebas de oficio. Además, de acuerdo con el artículo 172 ibídem, en el proceso contencioso administrativo procede la condena *in genere*, cuando la condena de la cuantía al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios y otros semejantes, no hubiere sido establecida en el proceso"[25].

[24] Consejo de Estado. Sección tercera, sent. de 10 mayo 2001. Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque, rad. 13347.

[25] Consejo de Estado. Sección Primera. Auto de 13 marzo 1997. Consejero ponente: Libardo Rodríguez Rodríguez.

CAPÍTULO XVII

PRINCIPIOS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE PRUEBAS DE OFICIO EN LO LABORAL

1. EL DECRETO OFICIOSO DE PRUEBAS ES UNA FACULTAD DEL JUEZ LABORAL, NO UN DEBER DEL MISMO[1]

"Solo le es dable practicar pruebas decretadas en la primera cuando en esta dejaron de aducirse sin culpa de quien las pidió, y fuera de esta hipótesis, apenas le incumbe decretarlas de oficio, mas no como deber, sino como potestad"[2].

"De otra parte, no sobra recordar que la posibilidad de decretar pruebas de oficio en la segunda instancia, es una alternativa que corresponde decidir soberanamente al Tribunal, de ahí que su decisión de abstenerse de hacerlo, en principio no puede ser revisada en casación"[3].

"Precisa el artículo 54 del C. P. del T. y S. S., de modo general, la posibilidad de que el juez laboral decrete pruebas de oficio, pero solo como una facultad dependiente de su juicio o criterio sobre si son o no indispensables *para el completo esclarecimiento de los hechos controvertidos*. No es, por ende, un deber, por lo cual no puede resultar exigible al fallador, aún menos cuando la ausencia de la prueba pueda ser atribuida a negligencia o incuria de la parte interesada en la misma. (...)

"Es pertinente señalar que los artículos 83 y 84, al igual que el 54 del C. P. del T. y S. S., consagran la actividad oficiosa del juez en materia probatoria muy coherentemente, como una facultad y no como una obligación, por lo que en este aspecto se regula la materia en forma tal que excluye la posibilidad de imponerle al juez laboral el deber de decretar pruebas tendentes a establecer los hechos que en el litigio sustentan las pretensiones o planteamientos de las partes"[4].

[1] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sent. de 29 enero 1979. Reiterada en sent. de 19 julio 2002, 21 agosto 2002.

[2] *Ibidem*.

[3] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sent. de 19 julio 2002. M. P.: Francisco Escobar Enríquez, exp. 18455.

[4] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sent. de 21 agosto 2002. M. P.: Germán Valdés Sánchez, exp. 18620.

2. MEDIANTE EL DECRETO OFICIOSO DE PRUEBAS NO PUEDE SUPLIRSE EL DESINTERÉS O NEGLIGENCIA DE LAS PARTES[5]

"El desinterés o la incuria de cualquiera de las partes en aducir sus pruebas no pueden razonablemente ser suplidos por el juez con el pretexto de inquirir la verdad real sobre las materias controvertidas, porque la actuación de este debe ser imparcial en todo tiempo, y sus poderes oficiosos se limitan a esclarecer puntos oscuros o de duda que se presenten en el juicio. Debe pues aclarar lo que parece verdadero en principio y no investigar la fuente misma de la verdad, como si se tratase de asunto criminal"[6].

"Precisa el artículo 54 del C. P. del T. y S. S., de modo general, la posibilidad de que el juez laboral decrete pruebas de oficio, pero solo como una facultad dependiente de su juicio o criterio sobre si son o no indispensables *para el completo esclarecimiento de los hechos controvertidos*. No es, por ende, un deber, por lo cual no puede resultar exigible al fallador, aún menos cuando la ausencia de la prueba pueda ser atribuida a negligencia o incuria de la parte interesada en la misma (...)"[7].

"Empero, debe reiterarse que la dicha posibilidad de pruebas en segunda instancia, aun *ex officio*, no es la regla general sino la excepción, y de ella no se puede hacer uso con el propósito de enderezarle el camino a una de las partes, sino para cumplir con los objetivos atrás indicados, de modo que será válido su ejercicio si a juicio del sentenciador fuere indispensable emplear ese mecanismo para resolver el fondo del asunto debatido y siempre y cuando se acaten los principios de publicidad y contradicción de la prueba, pues de lo contrario sí se estaría frente a una violación del debido proceso laboral"[8].

3. PARA EL DECRETO OFICIOSO DE PRUEBAS, EL JUZGADOR NO ESTÁ OBLIGADO A UTILIZAR FÓRMULAS SACRAMENTALES, RAZÓN POR LA CUAL LA SIMPLE ORDEN DE INCORPORACIÓN AL EXPEDIENTE DEBE ENTENDERSE HECHA EN USO DE LAS FACULTADES CONFERIDAS POR EL ART. 54 DEL C. P. DEL T.[9]

"Además, y contrariamente a lo sostenido por el opositor, no existe ninguna razón legal para negarle el carácter de prueba del proceso a la reso-

[5] Sent. de 29 enero 1979. Reiterada en sents. de 28 octubre 1997, 21 agosto 2002.

[6] *Ibidem*.

[7] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sent. de 21 agosto 2002. M. P., Germán Valdés Sánchez, exp. 18620.

[8] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sent. de 28 octubre 1997. M. P.: José Roberto Herrera Vergara, rad. 9983.

[9] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sent. de 9 julio 1987. M. P.: Jacobo Pérez Escobar, rad. 0963. Reiterada en sents. de 11 abril 2000, 17 julio 2002.

lución número 12 de enero 30 de 1969, puesto que el juez del conocimiento por providencia del 23 de noviembre de 1982 accedió a la solicitud hecha por el apoderado de la parte demandante para que se le permitiera allegar el acto administrativo que aprobó el cambio de nombre del sindicato y mediante proveído del 27 de enero de 1983 ordenó incorporar a los autos la susodicha resolución (fls. 327 y 331), debiéndose entender que al actuar como lo hizo usó las facultades que le confiere el art. 54 del Código Procesal del Trabajo para decretar pruebas de oficio"[10].

"El artículo 54 del C. P. del T. no impone al juez la utilización de fórmulas sacramentales para efecto de decretar pruebas de oficio, de forma que si en el presente caso el instructor durante la segunda audiencia de trámite dispuso: « alléguense al expediente las documentales que presenta el señor apoderado de la demandada en esta audiencia, las cuales serán tenidas en cuenta en su oportunidad », correspondía concluir como lo hizo el Tribunal que los documentos en cuestión fueron incorporados al proceso para efectos probatorios por decisión judicial.

"[...]

"No es acertada la censura al sostener que las documentales referidas fueron pruebas presentadas extemporáneamente, por haber informado sobre su existencia el apoderado de la entidad demandada y por ser este mismo quien las allegó físicamente, habida consideración que bien podía el juez del conocimiento haciendo uso de su potestad decretarlas oficiosamente ordenando su incorporación al proceso por estimarlas indispensables para el completo esclarecimiento de los hechos controvertidos en el juicio, actuación que no puede ser considerada como irregular en este caso dado que no se violaron los derechos de defensa y contradicción de la parte actora, puesto que se trató de una providencia dictada en audiencia pública, en la que, conforme a lo dicho se cumplieron cabalmente los principios de oralidad y publicidad, además porque los medios de pruebas ordenados oficiosamente están relacionados con los hechos del proceso"[11].

"Para saber si tal documental fue decretada en primera instancia como prueba, es menester apreciar el acta contentiva de la cuarta audiencia de trámite (fls. 119 y 119v), en la cual consta que habiendo sido aportada por la parte demandante el juzgado dejó expresa constancia de «que se exhibieron los originales de los documentos aportados por la apoderada y se da fe

[10] *Ibidem*.

[11] Corte Suprema de Justicia, sent. de 11 abril 2000. M. P.: Francisco Escobar Enríquez, rad. 13684.

de su autenticidad, para agregarlos al expediente en términos de ley, los cuales son de interés para el proceso».

"Se ve entonces que al ordenar expresamente el juzgado en dicha audiencia la incorporación de los estatutos no se trató de una mera aportación física sino de una decisión judicial consciente de sus efectos en derecho por considerarla de interés para el proceso, y como lo dijo el propio juzgado se incorporaba «en términos de ley». Esa decisión judicial perfectamente podía ser controvertida oportunamente por la parte que ahora funge como recurrente en casación. La redacción de la determinación del juzgado conduce a concluir que en verdad la juez de primer grado decretó esa probanza.

"Es que realmente la ley no exige fórmulas sacramentales para decretar pruebas de oficio, y el proceder del juzgado en este caso al incorporarla permite entender al menos de manera razonable que la susodicha prueba sí fue decretada. Negar esa verdad en aras de un rigorismo que la ley no contempla no solo comportaría un desconocimiento de la realidad procesal sino que entrañaría el otorgamiento de la inadmisible preferencia de un formalismo excesivo sobre la realidad"[12].

4. El decreto oficioso de pruebas resulta violatorio del debido proceso cuando quiera que haga caso omiso de los principios de publicidad y contradicción[13]

"De modo que será válido su ejercicio —el de la facultad de decretar pruebas oficiosamente— si a juicio del sentenciador fuere indispensable emplear ese mecanismo para resolver el fondo del asunto debatido y siempre y cuando se acaten los principios de publicidad y contradicción de la prueba, pues de lo contrario sí se estaría frente a una violación del debido proceso laboral"[14].

5. Si bien es cierto la facultad de decretar pruebas de oficio no se limita a la primera audiencia de trámite (art. 83), debe decretarse en audiencia de trámite con miras a proteger el derecho de defensa —requisito de oportunidad—, y debe ser pertinente[15]

"Tampoco descalifica la legalidad de las pruebas el hecho de que las documentales fueran presentadas por el apoderado de la demandada, en tan-

[12] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sent. de 17 julio 2002. M. P.: José Roberto Herrera Vergara, exp. 18171.

[13] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sent. de 28 octubre 1997. M. P.: José Roberto Herrera Vergara, rad. 9983.

[14] *Ibidem.*

[15] Corte Suprema de Justicia, sent. de 11 abril 2000. M. P.: Francisco Escobar Enríquez, rad. 13684. Reiterada en sent. de 17 julio 2002.

to la facultad de decretar pruebas de oficio en el proceso laboral tiene un requisito de oportunidad que en el presente caso se cumplió pues fueron decretadas en audiencia de trámite y otro de pertinencia que igualmente se llenó, en vista de que las documentales se refieren a los hechos del proceso, esto es, a la ocurrencia de las circunstancias atribuidas en la carta rescisoria del contrato de trabajo.

"En esa medida no es acertada la censura al sostener que las documentales referidas fueron pruebas presentadas extemporáneamente, por haber informado sobre su existencia el apoderado de la entidad demandada y por ser este mismo quien las allegó físicamente, habida consideración que bien podía el juez del conocimiento haciendo uso de su potestad decretarlas oficiosamente ordenando su incorporación al proceso por estimarlas indispensables para el completo esclarecimiento de los hechos controvertidos en el juicio, actuación que no puede ser considerada como irregular en este caso dado que no se violaron los derechos de defensa y contradicción de la parte actora, puesto que se trató de una providencia dictada en audiencia pública, en la que, conforme a lo dicho se cumplieron cabalmente los principios de oralidad y publicidad, además porque los medios de pruebas ordenados oficiosamente están relacionados con los hechos del proceso"[16].

6. La incorporación de documentos extemporáneamente presentados en audiencia puede hacerse mediante el decreto oficioso de pruebas[17]

"Si en el presente caso el instructor durante la segunda audiencia de trámite dispuso: «...alléguense al expediente las documentales que presenta el señor apoderado de la demandada en esta audiencia, las cuales serán tenidas en cuenta en su oportunidad », correspondía concluir como lo hizo el Tribunal que los documentos en cuestión fueron incorporados al proceso para efectos probatorios por decisión judicial, máxime si se advierte que ellos no habían sido decretados como prueba en la primera audiencia de trámite[18].

"Para saber si tal documental fue decretada en primera instancia como prueba, es menester apreciar el acta contentiva de la cuarta audiencia de trámite (fls. 119 y 119v), en la cual consta que habiendo sido aportada por la parte demandante el juzgado dejó expresa constancia de «que se exhi-

[16] *Ibidem.*

[17] *Ibidem.*

[18] *Ibidem.*

bieron los originales de los documentos aportados por la apoderada y se da fe de su autenticidad, para agregarlos al expediente en términos de ley, los cuales son de interés para el proceso».

"Se ve entonces que al ordenar expresamente el juzgado en dicha audiencia la incorporación de los estatutos no se trató de una mera aportación física sino de una decisión judicial consciente de sus efectos en derecho por considerarla de interés para el proceso, y como lo dijo el propio juzgado se incorporaba «en términos de ley». Esa decisión judicial perfectamente podía ser controvertida oportunamente por la parte que ahora funge como recurrente en casación. La redacción de la determinación del juzgado conduce a concluir que en verdad la juez de primer grado decretó esa probanza (...). El proceder del juzgado en este caso al incorporarla permite entender al menos de manera razonable que la susodicha prueba sí fue decretada. Negar esa verdad en aras de un rigorismo que la ley no contempla no solo comportaría un desconocimiento de la realidad procesal sino que entrañaría el otorgamiento de la inadmisible preferencia de un formalismo excesivo sobre la realidad"[19].

7. La posibilidad de ordenar y practicar pruebas de oficio en la segunda instancia no debe sujetarse a lo establecido en el art. 83 del C. P. del T., por cuanto la facultad que le concede el art. 54 ibíd. es de mayor amplitud[20]

"Sin embargo, si bien es cierto que conforme a la primera parte del inciso segundo del artículo 83 del C. P. del T., en los juicios ordinarios de trabajo, «cuando en la primera instancia y sin culpa de la parte interesada se hubieren dejado de practicar pruebas que fueron decretadas, podrá el tribunal, a petición de parte interesada y en la primera audiencia, ordenar su práctica...», no es menos verdadero que seguidamente ese mismo precepto confiere una facultad *ex officio* a los tribunales para decretar «... también las demás que considere necesarias para resolver la apelación y consulta».

"Respecto de la excepcional posibilidad de ordenar y practicar pruebas en la segunda instancia, el precepto mencionado distingue claramente dos hipótesis: que la orden provenga como consecuencia de solicitud de una de las partes, caso en el cual esta debe formular la petición en la audiencia de trámite respectiva y sujetarse a los demás presupuestos de la norma; o que

[19] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sent. de 17 julio 2002. M. P.: José Roberto Herrera Vergara, exp. 18171.

[20] Sent. de 28 octubre 1997. Reiterada en sentencia de 16 febrero 1998.

se origine en la facultad oficiosa del juzgador, eventualidad esta en la que dicha potestad no está circunscrita a ese momento, toda vez que perfectamente puede ocurrir, que no obstante haberse señalado fecha para audiencia de juzgamiento, del examen detallado del plenario surja imperioso pronunciarse sobre uno de los extremos fundamentales del proceso o esclarecer un determinado punto oscuro de la litis.

"Es que no puede divorciarse el citado artículo 83 del C. P. del T., del 54 ibídem, pues la lógica hermenéutica y los designios de los juicios del trabajo, imponen un entendimiento armónico de ambos en aras del «indispensable esclarecimiento de los hechos controvertidos», que es el sendero correcto para llegar a la verdad real y a la prevalencia del derecho sustancial, postulado esencial pregonado en el texto 228 supralegal y desarrollado en diversos preceptos procesales, entre otros, el artículo 4º del C. de P. C., ya que ciertamente el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos en la ley sustancial, lo cual no comporta en manera alguna la abolición de las formalidades procesales conformantes del debido proceso —igualmente tutelado constitucional y legalmente—, sino la proscripción del rigorismo excesivo, con mayor razón cuando —como ocurre en el *sub lite*—, la incuestionable facultad del sentenciador de segundo grado para decretar pruebas de oficio no se halla limitada al instante pretendido por el impugnante, pues se extiende a cualquier momento anterior a la sentencia"[21].

8. El decreto de pruebas en segunda instancia, bien sea oficioso, bien sea a petición de parte, no debe ser la regla general, sino por el contrario la excepción[22]

"Empero, debe reiterarse que la dicha posibilidad de pruebas en segunda instancia, aun *ex officio*, no es la regla general sino la excepción, y de ella no se puede hacer uso con el propósito de enderezarle el camino a una de las partes, sino para cumplir con los objetivos atrás indicados, de modo que será válido su ejercicio si a juicio del sentenciador fuere indispensable emplear ese mecanismo para resolver el fondo del asunto debatido y siempre y cuando se acaten los principios de publicidad y contradicción de la prueba, pues de lo contrario sí se estaría frente a una violación del debido proceso laboral"[23].

[21] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sent. de 28 octubre 1997. M. P.: José Roberto Herrera Vergara, rad. 9983.

[22] *Ibidem*.

[23] *Ibidem*.

9. La abstención del juzgador de decretar pruebas oficiosamente no es revisable en casación[24]

"De otra parte, si el juez no cumple con su deber de decretar o practicar las pruebas que le fueron pedidas, ese incumplimiento no envuelve quebranto aducible en casación de las normas instrumentales que le ordenan proceder celosamente en el trámite de los procesos, como medio para alegar el desconocimiento de textos sustanciales de la ley, sino que apenas comprometería la responsabilidad personal del funcionario frente a los litigantes por las omisiones en que hubiere incurrido. La conducta del juez o tribunal no es tema trascendente dentro de este recurso extraordinario, cuya finalidad suprema es unificar la jurisprudencia nacional"[25].

"De otra parte, no sobra recordar que la posibilidad de decretar pruebas de oficio en la segunda instancia, es una alternativa que corresponde decidir soberanamente al Tribunal, de ahí que su decisión de abstenerse de hacerlo, en principio no puede ser revisada en casación"[26].

10. El cuestionamiento de la oportunidad para que el juzgador ejerza su facultad de decretar pruebas oficiosamente es de estirpe eminentemente jurídica y, en consecuencia, no resulta ventilable por la vía indirecta[27]

"En relación a las pruebas decretadas en la segunda instancia que se registran de folios 200 a 207 del cuaderno principal de donde el Tribunal dedujo el reconocimiento de la pensión de jubilación reclamada por el demandante y glosadas por el recurrente, «por no haber sido pedidas ni decretadas en primera instancia»; no obstante que el cargo se presenta por vía indirecta, es lo cierto que la situación reclamada es asunto de estirpe eminentemente jurídico relacionado con los términos y oportunidades para pedir pruebas a instancia de las partes o para decisión del fallador dada la potestad del juez para ordenar «la práctica de todas aquellas que a su juicio sean indispensables para el completo esclarecimiento de los hechos controvertidos» (art. 54 C. P. del T.), no ventilable por la vía escogida por el recurrente"[28].

[24] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sent. de 29 enero 1979. Reiterada en sent. de 19 julio 2002.

[25] *Ibidem.*

[26] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sent. de 19 julio de 2002. M. P.: Francisco Escobar Enríquez, exp. 18455.

[27] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sent. de 3 septiembre 1997. M. P.: Ramón Zúñiga Valverde, rad. 9518. Reiterada en sent. de 28 octubre 1997.

[28] *Ibidem.*

"Sea lo primero advertir que conforme a reiterada jurisprudencia de esta Corporación, cuando lo que se cuestiona es la indebida aplicación de las normas procesales que regulan la aducción de las pruebas, y más concretamente la oportunidad prevista en la ley para su incorporación al proceso, debe impugnarse su quebranto por la vía de puro derecho, como que antes de incurrir el sentenciador en una errada apreciación del medio probatorio irregular o inoportunamente aportado al proceso, que es lo que podría llevar al error de hecho manifiesto, lo que infringe es la ley procesal que gobierna su producción. Es así como en el *sub iudice*, para el logro del derecho objetivo, desde el punto de vista técnico el cargo pertinente es el primero, formulado por la vía directa, y no el segundo, basado en supuestos yerros de valoración probatoria"[29].

11. Dado que es obligación del juzgador fallar de acuerdo con las pruebas regularmente aportadas al proceso, bien sea de oficio o a petición de parte, no puede este, para establecer el monto de los perjuicios, valerse de fórmulas matemáticas financieras sin respaldo alguno en autos, aunque se trate de criterios científico-doctrinales autorizados[30]

"Empero, para calcular el monto de los perjuicios consistentes en el lucro cesante consolidado y futuro el *ad quem* se valió de «fórmulas de matemáticas financieras», sin respaldo probatorio alguno en autos.

"En un proceso similar al presente contra las mismas demandadas, con relación al prenombrado accidente de trabajo acaecido el 13 de noviembre de 1991, esta Sala de la Corte en fallo del 29 de julio de 1997 (radicación 9524), ratificado recientemente el dos de octubre de 1997 (9664), anuló sendas sentencias del mismo tribunal con fundamento en dos argumentos ampliamente expuestos en dichos proveídos, pero que se pueden sintetizar así:

"1. De conformidad con los artículos 54 del C. P. del T. y 307 del C. de P. C., para efectuar los cálculos matemáticos conducentes a la determinación de los perjuicios materiales derivados de la culpa patronal en accidente de trabajo es necesario valerse de las probanzas aportadas oportuna y regularmente al proceso.

"2. Los tribunales no pueden sustituir un dictamen pericial válido, practicado para estos efectos y no objetado, por el criterio científico doc-

[29] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sent. de 28 octubre 1997. M. P.: José Roberto Herrera Vergara, rad. 9983.

[30] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sent. de 21 octubre 1997. M. P.: José Roberto Herrera Vergara, exp. 9841.

trinal, que aunque autorizado, no obra como prueba; requiere por su naturaleza de conocimientos científicos o especializados e impide ser controvertido en el proceso.

"Si bien en el *sub lite* no se practicó pericia para los fines señalados, no es menos cierto que no podía el sentenciador fincar su decisión en pruebas no aportadas al proceso, ni establecer el monto de perjuicios con base en criterios doctrinales y sin permitir que ese cálculo fuera debidamente controvertido en el juicio. Al hacerlo de distinta manera infringió directamente los preceptos procesales incluidos en la proposición jurídica, lo que condujo a la aplicación indebida del artículo 216 del C. S. del T., razón para concluir que en este aspecto el cargo es fundado"[31].

[31] *Ibidem*

APÉNDICE

"RELAZIONE GRANDI"

RELACIÓN DEL MINISTRO GUARDASELLOS PRESENTADA EN LA AUDIENCIA DEL 28 DE OCTUBRE DE 1940-XVIII, PARA LA APROBACIÓN DEL TEXTO DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

SIRE.

I

1. PLANTEAMIENTO Y EVOLUCIÓN DEL PROBLEMA DE LA REFORMA

El Código de Procedimiento Civil, que me honro en someter a Vuestra aprobación, Majestad, es el cumplimiento de una ya antigua aspiración. El problema de la reforma del proceso civil surgió en el momento mismo, se puede decir, en que entró en vigor el Código de 1865. Pareció en un principio que los defectos que casi inmediatamente denunciara la experiencia, afectaban a particularidades, y que, para introducir las oportunas mejoras, podría bastar algún parcial retoque; después, a medida que transcurrían las décadas, la persistencia y el progresivo aumento de los inconvenientes prácticos demostraron que el problema era de orden general. Pero, aun cuando esta convicción penetró en la conciencia común, faltó el ponderado valor necesario para llevar a ejecución, contra todos los obstáculos, una reforma fundamental como la que se auguraba. Y durante más de medio siglo, el mal siguió agravándose, a través del fácil y peligroso sistema de las parciales reformas y de las jurisdicciones especiales.

Solo en el día de hoy, a punto ya de coronarse por obra del Estado fascista el gran edificio de la nueva codificación, pueden verse cumplidos, con el nuevo Código de Procedimiento Civil, los votos de setenta años, en el momento mismo en que se da al proceso la impronta de la nueva vida nacional italiana y se lleva a las normas legislativas destinadas a regularla, el espíritu informador de todo el ordenamiento jurídico.

Acaso, pues, no tengamos ya motivo para lamentar que la reforma, tantos años auspiciada, hubiera tardado tanto: hecha en nuestros días impostergable por efecto de la radical transformación de nuestros fundamentales institutos jurídicos y políticos, y de las exigencias innovadoras de la Revolución fascista, ha podido sacar provecho de toda una serie de tentativas, experiencias, discusiones y estudios, que han hecho más segura la plena adaptación a la actual realidad histórica que quiere ser la característica esencial de este código.

Las mismas desafortunadas reformas parciales que década a década han ido reiterándose, han resultado proficuas, ya que con su fracaso demostraron la necesidad de remedios de más amplio alivio; los proyectos redactados en diversas épocas por parlamentarios o estudiosos de las más dispares tendencias, han tenido, desde los más remotos, también su benéfica función, toda vez que sirvieron para dilucidar los temas de la discusión y sugerir soluciones dignas de estudio. Al punto de que se puede decir verdaderamente, que esta reforma ha madurado en su estación oportuna, como sustancioso fruto de una acabada evolución histórica en que han colaborado: la sensibilidad de los magistrados y abogados, que han sabido hasta hoy atenuar en la práctica los defectos de un procedimiento anticuado; la ciencia de los estudiosos, que supieron presentir en sus tratados las orientaciones de los nuevos tiempos; y también la fe de todo un pueblo en la justicia, que ha reforzado en el gobierno fascista la voluntad de crear para él, también en el campo del proceso civil, instrumentos dignos de aquella fe.

Así, si el código hoy realizado contiene en muchos puntos innovaciones radicales y audaces, ello no constituye una improvisación ni un salto en el vacío: tiene, efectivamente, en las reformas parciales que lo han precedido, su experiencia y, podríamos decir, su aprobación; así, como, en la literatura jurídica de los últimos decenios, su anticipada glosa. Pero, sobre todo, tiene su razón histórica en el renovado sistema de las relaciones entre el individuo y el Estado, de que es expresión singularmente característica el proceso, y tiene en la renovada conciencia jurídica y política de la nación, el fundamento de sus reformas y la garantía de que habrán de ser estas rectamente aplicadas.

2. Los factores históricos de la reforma

Quien quisiera hoy resumir con una mirada retrospectiva cuáles hayan sido las fuerzas que contribuyeron a esta reforma, echaría de ver que esta ha nacido de la síntesis de tres factores: el factor *técnico*, el factor *científico* y el factor *político*.

El Código de Derecho Procesal presupone, tras de las fórmulas de sus artículos, una concreta realidad histórica de la que debe ser él fiel expresión.

Ahora bien, si se considera cuáles eran las condiciones sociales en la Italia aquella de 1865, que se traslucía a través de las mallas del viejo Código de Procedimiento Civil, parece sorprendente que hasta el año 1940 hubiera podido seguir en vigor aquel instrumento procesal de otro siglo, creado mucho antes de que las conquistas de la técnica del nuevo siglo, el incremento internacional de las relaciones comerciales y la expansión de las colonias, hubiese transformado profundamente la vida civil y económica de nuestra nación. Todas las disposiciones del proceso civil (baste recordar, como ejemplo típico, las relativas a los términos y a las notificaciones) deberían ir siempre ajustadas al ritmo de los negocios y servirse de todos los medios prácticos con que el progreso técnico va haciendo cada día más fáciles y rápidas las relaciones entre los ciudadanos; pero el código hasta

ahora en vigor, se había detenido en la Italia de 1865, en la fase rudimentaria de las industrias de entonces, en las escasas y lentas comunicaciones de aquel tiempo. Era un código dictado para un mundo, hoy, hace tiempo ya desaparecido.

Desconectado ya de la realidad social de la nación, el código de 1865 se había encontrado en breve superado también por los progresos de la ciencia jurídica, que, a partir de la primera década, fueron especialmente conspicuos en el campo, hasta entonces menos trabajado, del derecho procesal civil. La obra de la doctrina sobre el código de 1865, había tenido durante muchos años carácter casi exclusivamente exegético; y los resultados de esta labor no habían trascendido los límites de la exposición y coordinación del derecho que se propone todo comentario. Solo en los primeros años de la actual centuria se inició, por obra de la escuela sistemática fundada por GIUSEPPE CHIOVENDA, la radical visión teórica de todos los institutos procesales que reivindicó para el derecho público el proceso civil y renovó su doctrina, estudiándolo, no ya como expresión de una lucha de intereses privados, sino como instrumento de la más augusta de las funciones del Estado: concepción teórica que se reveló fecunda de grandes consecuencias prácticas, cuando el mismo CHIOVENDA presentó a la *Comisión de posguerra* su propuesta de reforma del procedimiento, en la que se ve por primera vez cuál hubiera podido ser la arquitectura del nuevo proceso civil construido en armonía con las finalidades de interés público que la ciencia italiana había restituido a su honor. Y la obra de la doctrina no se detuvo aquí: las investigaciones incansablemente realizadas en estos últimos veinte años han servido para señalar, con originalidad de pensamiento, las líneas de contacto y de confín entre el proceso civil y el proceso penal, entre la jurisdicción y las otras funciones del Estado, entre el derecho procesal y el derecho sustancial; y se ha fundado, para iluminar el camino del legislador en su reelaboración sistemática de todos los códigos, la teoría general del proceso, que encuadra el fenómeno judicial en el ordenamiento jurídico y lo considera, no ya aislado en sí mismo, sino inserto y funcionando en la vida del Estado.

Pero el factor decisivo que ha hecho posible la realización de la reforma preparada por la ciencia, ha sido indudablemente el factor político. Si el código de 1865 fue, por razones históricas que acaso ni echaron de ver sus propios autores, expresión de aquellas premisas individualistas que eran el fundamento del Estado liberal, el código de 1940 quiere ser, consciente y voluntariamente, expresión histórica del Estado fascista y corporativo. El reforzamiento del principio de autoridad en el Estado se proyecta y se traduce necesariamente, en el proceso, en un reforzamiento de la autoridad del juez; reforzamiento, sin embargo, que no se reduce a un simple aumento de los poderes de uno de los órganos del Estado ni a una extensión de su ingerencia en las relaciones de la vida privada y en la esfera de los derechos individuales del ciudadano, sino que es la expresión de un cambio de relación en la valoración de los intereses tutelados y garantizados por el derecho.

En el Estado fascista, el proceso no es solamente el encuentro de la libertad del ciudadano con la autoridad del Estado, provocado por la necesidad de tutelar

los intereses de aquel; ni es el mero expediente formal para arreglar el conflicto de los intereses privados y para zanjar el litigio entre sus titulares. El Estado fascista no niega los intereses privados, antes bien reconoce su importancia como propulsores de las iniciativas privadas, y de ahí que los tutele enérgicamente; y no hay verdadera tutela de intereses si no se refleja en un sólido sistema procesal. Pero esa tutela no es un fin en sí misma, ya que no existe en nuestro ordenamiento interés alguno que no esté tutelado en función de su alcance social, y por tanto, en definitiva, de los intereses superiores de la nación. Por consiguiente, en el Estado fascista, el proceso no es solamente lucha de intereses, sino que es instrumento de fecunda composición de ellos, y sobre todo, instrumento para asegurar, no ya solo un ordenado sistema de vida social inspirado en los fines supremos del Estado, sino también para asegurar, mediante la aplicación de las normas jurídicas que disciplinan la vida nacional, la realización en las relaciones privadas de los supremos intereses de la nación. Y principalmente, es instrumento para realizar lo que la palabra del *Duce* ha indicado como meta de la Revolución fascista: una más elevada justicia social.

3. Precedentes de la reforma

De lo que hasta aquí Os hemos expuesto, Majestad, aparece cómo de esta evolución se pueden apreciar las etapas en la larga serie de reformas parciales y de proyectos que han precedido y preparado el nuevo código. De inspiración predominantemente técnica y exegética fueron todas las modificaciones parciales aportadas el código de 1865 hasta el tiempo inmediatamente anterior a la guerra, comprendida la ley del 31 de marzo de 1901, sobre la reforma del procedimiento sumario, que agravó más bien que eliminó los inconvenientes del procedimiento formal, así como la infeliz experiencia del juez único, que se intentó mediante la ley del 8 de diciembre de 1913, poco después de abrogada la ley 27 de diciembre de 1914, número 1404. En la misma tendencia de injertar parciales innovaciones sobre el tronco del viejo código, se inspiraron los proyectos anteriores a la guerra, que no trascendieron la fase de los actos parlamentarios.

A la escuela sistemática se debe la elaboración de una serie de proyectos de reformas en las que se han manifestado, en las más variadas tendencias, las fuerzas vivas del pensamiento jurídico italiano. La serie de estos proyectos la abrió la ya recordada propuesta de Giuseppe Chiovenda, que trazó las líneas de un nuevo procedimiento de cognición, inspirado en la *oralidad*, palabra programática con que se quiso expresar, no solo el predominio de la sustanciación oral sobre la escrita, sino principalmente la *concentración* de todas las actividades del proceso en la audiencia y la *inmediación* de las relaciones entre las partes y el juez, no ya pasivo espectador del debate, sino activo participante en el proceso y provisto de los poderes necesarios para dirigirlo. Esta obra tuvo amplia aceptación entre los estudiosos y los prácticos; pero solo en el gran fermento de ideas que siguió al advenimiento de la revolución fascista pudo el problema de la renovación de

nuestros institutos procesales entrar, con la ley del 20 de diciembre de 1923, en su fase constructiva.

La *Subcomisión para la reforma del Código de Procedimiento Civil* encomendó la redacción de un anteproyecto al profesor FRANCESCO CARNELUTTI; y la obra por él realizada en dos libros (proceso de cognición y proceso de ejecución) fue reelaborada por la *Subcomisión* y presentada en 1926 al guardasellos ALFREDO ROCCO, quien, con propósito de agregarle su propia contribución de estudioso insigne de las disciplinas procesales, emprendió personalmente su revisión; pero no pudo pasar de los primeros artículos.

El plan de la reforma lo tomó de nuevo a su cargo el guardasellos PIETRO DE FRANCISCI, que se sirvió de la obra del profesor ENRICO REDENTI para la preparación de un *Anteproyecto del Libro primero* (proceso de cognición), que se publicó en 1936.

Los proyectos hasta ahora enumerados, aun discrepando en la elección de las soluciones prácticas (la mayor divergencia se manifestó sobre todo al fijar los límites dentro de los cuales podía ser prácticamente realizada la oralidad), se inspiraron todos ellos en el general propósito de reconstruir *ab imis* el proceso, con sistemático reforzamiento de los poderes del juez y de concentración de las actividades procesales bajo su guía efectiva; estas ideas ya comenzaban a ser acogidas en las leyes especiales publicadas en aquel período, según se echa de ver, en la ley reguladora del procedimiento ante los tribunales de las aguas públicas, y más conscientemente aún, en las leyes que reglamentaron el procedimiento para las controversias individuales del trabajo (real decr. de 26 febrero 1928, núm. 471, después reformado por el real decr. de 21 mayo 1934, núm. 1073): este procedimiento, que, con el aumento de los poderes del juez y la adopción de la audiencia preliminar, señaló, por obra de ALFREDO ROCCO, un decidido paso hacia la oralidad, fue justamente considerado como el más importante y significativo experimento de los principios en que habría de inspirarse la futura reforma del proceso ordinario. De manera que el nombre de ALFREDO ROCCO debe, también por esto, ser recordado entre los artífices de la reforma hoy finalmente realizada.

Una ulterior contribución a la preparación de esta reforma aportó el guardasellos ARRIGO SOLMI, quien consideró que en los proyectos anteriormente elaborados no estaban suficientemente acentuados los poderes inquisitorios del juez, y que se podía obtener un mayor reforzamiento de ellos mediante la adopción del juez único en los tribunales. Según estas directivas, se publicó, bajo su cuidado, en 1937, un proyecto que, tras las obligadas consultas a los órganos técnicos, se presentó en 1939 a la *Comisión de las Asambleas Legislativas*.

4. TRABAJOS PREPARATORIOS DE LA REFORMA

Así se hallaba la preparación de la reforma cuando, en julio de 1939 fui nombrado guardasellos. Recibidas del *Duce* instrucciones para la concreta rea-

lización de la reforma de nuestro derecho procesal, me planteé la cuestión sobre si convenía proseguir la labor manteniendo en vida el último proyecto presentado, o, como reiteradamente lo habían hecho mis predecesores, promover la preparación de un nuevo proyecto. Esta última solución me pareció que había que rechazarla, ya que hubiera interpuesto ulteriores demoras al cumplimiento de la ansiada reforma e importado una nueva interrupción en la obra legislativa del gobierno. Por otra parte, me parecía necesario aportar al proyecto anterior extensas y radicales innovaciones en la estructura del procedimiento, en la sistematización de las normas y en muchos institutos que no parecían de fácil y práctica aplicación.

Las modificaciones e innovaciones que debían introducirse en la reforma, fueron, previa aprobación del *Duce*, comunicadas por mí a la Comisión de las Asambleas Legislativas el 16 de octubre de 1939-XVII.

Ya la *Comisión de las Asambleas Legislativas* había manifestado su desacuerdo en orden a tres puntos fundamentales del proyecto: la institución del juez único en los juicios ante el tribunal, el excesivo carácter inquisitorio con una consiguiente disminución de la importancia atribuida a la labor de los defensores, y por fin, la excesiva limitación del campo en que se había mantenido el procedimiento del trabajo.

Aparte de estas fundamentales innovaciones, consideré que la reforma debía acoger otras nuevas directivas, y principalmente: actuar con mayor decisión el principio de la unidad de la jurisdicción, dar una más armónica disciplina a las normas que regulan la competencia de los jueces y las atribuciones del ministerio público, dar un mayor desarrollo al intento de conciliación judicial, admitir la posibilidad de que las partes pudieran pedir al juez que decida según equidad, mejorar el ordenamiento del juicio de apelación y de casación, modificar el procedimiento de ejecución sobre la base de los más recientes estudios de nuestra ciencia jurídica y de la experiencia práctica judicial.

A fin de dar mejor realización a estas directivas, llamé a colaborar directamente conmigo a tres insignes científicos del derecho procesal, el profesor ENRICO REDENTI, de la Universidad de Bolonia, el profesor FRANCESCO CARNELUTTI, de la Universidad de Milán, el profesor PIERO CALAMANDREI, de la Universidad de Florencia, y además, a un alto magistrado de la Suprema Corte de casación, el doctor LEOPOLDO CONFORTI. Quise de este modo que el nuevo código fuese la conclusión ideal del trabajo realizado por los hombres de gobierno y de ciencia para llegar al mejoramiento de nuestro proceso civil.

La *Comisión de las Asambleas Legislativas* ha aprobado plenamente este mi proyecto, y bajo la guía de su presidente MARIANO D'AMELIO, me ha dado asidua y preciosa colaboración.

El 30 de enero de 1940-XVIII la *Comisión de las Asambleas Legislativas* me remitía oficialmente las conclusiones del examen por ella realizado. Desde entonces entró en su fase final el trabajo, durante la que he llamado a cooperar conmigo a todos los que habían participado directa o indirectamente en la prepa-

ración de la reforma y que por su doctrina, por su experiencia práctica en la magistratura, en el foro y en los oficios judiciales, podían estar en condiciones de prestar una contribución eficaz a la revisión definitiva del texto legislativo.

Sobre los resultados de estas labores y sobre las directivas por ellas seguidas, he informado al Senado del Reino en sesión del 10 de mayo de 1940-XVIII.

5. TRABAJOS PREPARATORIOS PARA LA SISTEMATIZACIÓN DEL PROCESO DEL TRABAJO EN EL NUEVO CÓDIGO

Particular cuidado he querido dedicar a la coordinación entre el procedimiento ordinario y el procedimiento de las controversias del trabajo, hasta ahora regulado, como hemos visto, por leyes especiales; y para conseguir satisfactoriamente esa coordinación en el sistema del nuevo código, he podido servirme con plena satisfacción del dictamen de las organizaciones sindicales y del continuo consejo de los órganos del Estado especialmente competentes en materia corporativa.

En el Código de Procedimiento Civil, el procedimiento especial para las controversias individuales de trabajo no constituye ya un sistema distinto del ordinario, pues la mayor parte de las reglas que formaban su contenido se han extendido al proceso común. La ley para las controversias individuales del trabajo termina así su historia, pero sus institutos tienen ahora una más amplia esfera de aplicación.

Esta evolución del derecho procesal del trabajo es un reflejo del fenómeno más vasto en virtud del cual, el ordenamiento sindical y corporativo ha venido a extender progresivamente sus principios a zonas cada vez más dilatadas de nuestro sistema jurídico, incorporando sus institutos al organismo fundamental del Estado. La ley procesal de 1928 fue el natural complemento de las leyes sindicales de 1926, y tuvo la finalidad de garantizar adecuadamente, también en el campo de la tutela jurisdiccional de los derechos subjetivos, la disciplinada colaboración entre dadores y prestadores de obra, que entraba ya en los fines supremos del Estado. Pareció claro entonces que el procedimiento del código abrogado no podía encontrar aplicación en una materia en que los intereses individuales estaban predominantemente tutelados, no por las comunes normas de derecho objetivo, sino por una disciplina colectiva correspondiente a su organización y categorías, y sobre todo en una materia en que los intereses superiores de la economía nacional habían venido a ser tan importantes, que dominaban e impregnaban de sí mismos los derechos individuales en contraste; se instituyó, pues, el tipo de procedimiento con predominio del principio de oficialidad, que representa un feliz anticipo del nuevo proceso. Pero la razón de tal ordenamiento especial ha desaparecido cuando la reforma ha acogido y generalizado sus principios.

La fusión de las reglas del procedimiento, no debía, por lo demás, llevar a la supresión de los institutos particulares que caracterizan la disciplina procesal del derecho del trabajo; incluso, a estos institutos, debía dar la reforma un desa-

rrollo correspondiente a la evolución realizada por el sistema corporativo beneficiándose de la fecunda experiencia de los catorce primeros años de régimen sindical.

El 16 de octubre de 1939, llamando la atención de la *Comisión de las Asambleas Legislativas* sobre la necesidad de profundizar particularmente el estudio de este tema, fijé las líneas directivas de la reforma del procedimiento para las controversias en materia corporativa, y afirmé que este procedimiento debería distinguirse por una mayor simplicidad y rapidez frente al sistema ordinario.

La *Comisión* respondió plenamente a mi invitación, e instituyó en su seno una subcomisión que, después de haber recogido un abundante material informativo ha formulado una propuesta concreta de nuevas normas.

Simultáneamente instituí ante el Ministerio de Justicia un comité especial que, bajo mi dirección personal, ha atendido a la elaboración del nuevo texto. El Ministerio de Corporaciones, con quien el comité se ha mantenido en constante contacto, ha colaborado activamente en el cumplimiento de esta parte de la reforma, mientras que había llegado a recoger, por medio de un comité interconfederal, las sugerencias y los dictámenes de las diversas confederaciones y de las organizaciones sindicales, de asistencia y de previsión.

En la formulación de las nuevas normas he podido así contemplar cuidadosamente las diversas exigencias políticas y prácticas del proceso del trabajo.

Más adelante veremos, en su oportunidad, cómo creí poder resolver los varios problemas concretos concernientes a la sistematización del proceso del trabajo del nuevo código. Pero, ya desde ahora, me es grato destacar que esa sistematización no debe considerarse como una artificiosa construcción del proceso del trabajo a las estrecheces de un código inspirado en otros principios diferentes, sino que debe aparecer, como lo es en realidad, como la natural consecuencia de la orientación del nuevo código hacia los principios de colaboración y de gradual transformación de los derechos individuales en funciones de utilidad pública, que constituyen las premisas del Estado corporativo y que, traducidos a términos procesales, significan colaboración confiada entre el juez y las partes y transformación de las facultades de las partes en funciones de justicia. Se puede decir, pues, que las controversias del trabajo encuentran hoy su sede natural en el sistema del código, porque todo ese sistema es hoy, fundamentalmente, de inspiración corporativa.

6. El Código de Procedimiento Civil y la codificación

El nuevo Código de Procedimiento Civil ha tenido la singular ventura de venir a la luz, no como reforma aislada del derecho procesal únicamente, malamente coordinable con una preexistente legislación sustancial que quedara como petrificada expresión de otros tiempos; sino como parte inseparable, y aun como esencial coronamiento, de toda una gran codificación que está por renovar el derecho

italiano en todas sus ramas, y que es en todos sus aspectos la expresión homogénea y unitaria de un único momento histórico. El nuevo proceso civil es el instrumento creado expresamente, con feliz coincidencia de tiempos, para la nueva legislación sustancial: por diversos que sean los códigos, el espíritu animador que en todos alienta, es uno.

El admirable incremento que en estas últimas décadas han tenido en Italia los estudios sobre el proceso, ha inducido a la doctrina, incansable investigadora de las zonas de confín, a poner en evidencia los aspectos procesales de institutos que tradicionalmente se consideraban como pertenecientes al derecho sustancial. Pero esta tendencia científica no debe hacer olvidar que, si el proceso y el derecho no son más que diversas expresiones, complementarias entre sí, de una misma realidad social, el proceso no puede sin embargo considerarse como fin en sí mismo, sino que se lo debe construir necesariamente como el instrumento del derecho sustancial, que lógicamente constituye su premisa y su fin: de manera que los supremos principios del proceso, los que fijan la posición recíproca del juez y de las partes, no pueden encontrarse solo en el Código de Procedimiento, sino que se los debe buscar en el espíritu unitario de todo nuestro ordenamiento jurídico, y por tanto, en toda la codificación, la cual no puede resolver más que de un modo el problema de las relaciones entre interés público e interés individual.

El Código de Procedimiento de 1865 se había detenido ya durante muchos decenios en la evolución del derecho sustancial, realizada en muchas zonas hacia una más precisa tutela del interés público; pero al llevar el derecho procesal a la altura de los tiempos, hasta el punto a que ha llegado esa evolución, había que guardarse de crear un proceso que en el predominio que se diera a las consideraciones de orden público, no se adelantase al derecho sustancial. Mi firme propósito ha sido en cambio el de hacer que la reforma del derecho procesal se realizase con el mismo ritmo de ponderada y prudente audacia con que ha surgido y está por concluirse la codificación: el nuevo Código de Procedimiento Civil quiere ser el instrumento homogéneo y adecuado de la nueva legalidad.

Este orden de consideraciones he tenido presente cuando he debido resolver el no fácil problema de la colocación, en el sistema de los nuevos códigos, de las normas de carácter procesal que desde 1865 habían encontrado su puesto en los códigos de derecho sustancial. Mientras que en lo que atañe a las materias procesales, hasta ahora reglamentadas por leyes especiales, no he titubeado en acoger y coordinar en el nuevo Código de Procedimiento (así en lo que se refiere a las controversias del trabajo como en lo que atañe al procedimiento de inyunción), he considerado en cambio que, respecto de las normas de naturaleza procesal, hasta ahora incluida en el Código Civil, no era oportuno desplazar mucho la línea de división trazada por el legislador de 1865.

No se me ocultan las ventajas, sobre todo de claridad práctica que se hubieran seguido de poder recoger en un solo código todas las normas, formales y sustanciales, pertenecientes al proceso. Pero, por otra parte, la tradicional colocación, en el Código Civil, de ciertas normas aparentemente procesales, como las

atinentes a las pruebas, o a la cosa juzgada, o a la ejecución forzada, tiene también sus razones profundas. Ciertos institutos bifrontes, que constituyen como el puente de paso entre el proceso y el derecho subjetivo, pueden ser provechosamente tomados en consideración por el modo como se comportan en el proceso, o también por los efectos que ejercen sobre las relaciones de derecho sustancial fuera del proceso: son, por tanto, susceptibles de diversa sistematización, según el punto de vista desde donde se los mire. Esto vale, en particular, respecto de las normas que reglamentan la admisibilidad y la eficacia de los medios de prueba, las cuales, especialmente cuando están dictadas con miras a especiales relaciones jurídicas, se adhieren estrictamente a la disciplina sustancial de esas relaciones y obedecen normalmente a los mismos principios de derecho internacional y de derecho transitorio.

La solución, por mí adoptada, de respetar en este punto la sistematización tradicional (si bien sea con algún particular retoque donde el criterio seguido por el legislador parecería demasiado empírico), me ha sido facilitada por la ya preparada formación del Libro v del Código Civil, en el cual podrán encontrar lugar, en un título especial, juntamente con las normas relativas a la admisibilidad y eficacia de las pruebas, todas las disposiciones atinentes a la tutela jurisdiccional de los derechos, mediante las cuales se opera la vinculación entre el derecho procesal y el derecho sustancial, y se manifiesta la fundamental unidad del ordenamiento jurídico.

7. Finalidades y límites de la presente relación

De lo expuesto se infiere evidentemente que la fisonomía del nuevo proceso civil no podrá buscarse solo en el ámbito del Código de Procedimiento Civil, el cual no solo habrá de ser integrado con las normas del nuevo ordenamiento judicial y con el nuevo reglamento general judicial, que comprenderá numerosas normas de carácter ejecutivo, sino que deberá también coordinarse, para llegar a una visión sintética de la justicia civil, con el Libro v del Código Civil, y más en general, con los principios fundamentales en que se inspira toda la nueva codificación.

Esta necesidad de contemplar la reforma del proceso civil en función de toda la nueva codificación, me ha inducido a dar a la presente relación a Vuestra Majestad un contenido un poco diverso del que correspondería a la tradición. En efecto, he preferido que esta relación, más que ofrecer un comentario artículo por artículo, sirva para ilustrar los principios de política legislativa en que se ha inspirado la reforma, y para poner en evidencia cuáles son las más importantes innovaciones en que tales principios han encontrado aplicación concreta.

La ilustración analítica de los varios institutos solo podrá hacerse en un segundo momento, cuando sea posible poner las disposiciones del nuevo código en relación con las disposiciones complementarias de los demás textos legislativos en curso aún de elaboración.

Me propongo, pues, hacer que en tiempo oportuno siga a la presente relación general una segunda relación especial, de carácter predominantemente exegético y técnico, la cual no estará limitada al Código de Procedimiento Civil, sino que se extenderá también a las disposiciones reglamentarias e integradoras del mismo; de manera que podrá ella servir, mejor que para ilustrar el alcance político de la reforma, al fin más modesto, pero igualmente útil, de presentar a los jueces y a los abogados, con las oportunas vinculaciones y remisiones a normas colocadas en diversos textos legislativos, el funcionamiento práctico del nuevo proceso civil.

II

8. El juez y la ley

La afortunada circunstancia de que el nuevo proceso civil nazca simultáneamente con la legislación sustancial de que habrá de ser el instrumento, permite reafirmar en el juez a quien se confía el gobierno del nuevo proceso, el altísimo oficio de austero defensor de una más fuerte y más plena legalidad. Cuando se pone como uno de los puntales de la reforma procesal el acrecentamiento de los poderes del juez, se entiende aludir con ello, como dentro de poco lo veremos (núm. 12), a los poderes de dirección del proceso y de comprobación de la verdad de los hechos; pero, en cuanto a la aplicación del derecho *in iudicando*, la función del juez debe por lo común ceñirse estrictamente a la fiel e inteligente observancia de la ley.

Reforzamiento de la autoridad del juez no puede, en el Estado fascista, significar otorgamiento al juez de poderes creadores del derecho: hubiera sido inútil alzar el gran edificio de la codificación, que lleva en todos y cada uno de sus artículos la impronta de una consciente y unitaria voluntad renovadora, si después se hubiese dado al juez el poder de poner en cada caso, sobre la voluntad expresada en la ley, su tornadizo arbitrio. El estado autoritario rechaza enérgicamente las tendencias, que periódicamente reaparecen en las crisis de la legalidad, dirigidas a enaltecer al juez para deprimir al legislador; esas tendencias, que significan debilitación de los poderes centrales del Estado y resquebrajamiento de la unidad del derecho, no puede menos de ser rechazada, por un Estado que sea celoso custodio de su propia unidad y de su propia soberanía. Si en períodos de transición en que persiste todavía formalmente en vigor el antiguo derecho superado por los tiempos, puede ser útil el otorgamiento al juez de generales poderes equitativos de que pueda servirse para abrir paso, por entre las grietas de las antiguas leyes, al nuevo derecho en formación, tal amplitud de poderes no es concebible en un juez llamado a aplicar una legislación joven que contempla en cada uno de sus artículos los nuevos tiempos; en tal clima histórico, al juez solo se le pide que sea el sensible y fiel continuador de las directivas que están ya consa-

gradas en la ley, y ni se concibe siquiera la idea de que, del sistema de la legalidad según el cual se expresa el derecho en normas generales y abstractas que está el juez llamado a aplicar a los casos concretos, se pueda, retrocediendo milenios, volver a la justicia patriarcal del caso singular.

Todo esto no excluye, naturalmente, que en ciertos casos particulares pueda la misma ley reconocer la oportunidad de conferir al juez poderes equitativos; sobre todo en aquellos casos en que el pronunciamiento según equidad se presenta como el más apropiado por la complejidad de la relación controvertida o por la exigüidad económica del objeto en litigio. En este sentido deben entenderse las disposiciones del nuevo código con que se tiende a hacer más frecuente y más eficaz en todos los juicios la obra conciliadora del juez. El mismo sentido tiene la norma en virtud de la que el juez conciliador juzga siempre según equidad en las causas cuyo valor no exceda de seiscientas liras, y la otra, más característica aún, a tenor de la que cualquier otro juez de mérito puede decidir según criterios equitativos, no solo en los casos en que la ley expresamente le atribuya ese poder, sino también en los casos en que, versando la causa sobre derechos disponibles por las partes, estas le piden de común acuerdo que decida según equidad (art. 114). En todos estos casos, el favor que el nuevo código demuestra por la conciliación o por la decisión de equidad, no debe considerarse como un signo de desconfianza en la legalidad ni como síntoma de acomodaticia tendencia a desvalorizar, en ventaja de las soluciones transaccionales, la lucha por el derecho. En muchos casos, puede bastar *in limine litis* la sabia y autorizada palabra del juez, para hacer comprender a las partes que, sin recurrir a la lucha judicial, tienen en el amigable acuerdo el instrumento para eliminar con satisfacción recíproca su litigio.

La facultad de las partes de disponer de sus derechos cuando estos no impliquen intereses de orden público, constituye el fundamento también del artículo 114, ya recordado. En la práctica son frecuentísimos los casos en que las relaciones por decidir se presentan tan complicadas y nimias (piénsese especialmente en los litigios sobre contabilidades irregularmente llevadas, o en los cálculos a menudo dificilísimos a que dan lugar ciertas liquidaciones de daños), que el buscar sobre la base de datos de hecho tan fragmentarios y discutibles una solución *secundum ius*, exigiría una larga y no siempre fructuosa actividad instructoria, más costosa acaso que el valor mismo del pleito. En esos casos las mismas partes reclaman una solución *de bono et aquo*: y era sobre todo para la decisión de esos casos para la que, bajo el imperio del antiguo código, recurrían tan a menudo los litigantes (siendo como era reducido el campo de acción del arbitraje conciliador del art. 402 del antiguo código) a los arbitrajes de equidad de los amigables componedores. He considerado, pues, que se les debe conservar a las partes, cuando controvierten sobre derechos disponibles, la facultad de pedir una solución equitativa a árbitros privados de su elección, *a fortiori* se les debe reconocer el poder de dirigirse con la misma confianza al juez del Estado y de remitirse a su ilustrado sentimiento de equidad, educado por el ejercicio de su ministerio.

Todo esto no significa en verdad abdicación por parte del Estado a su fundamental oficio de *dicere ius* a quien se lo pida; significa únicamente eliminación de la estéril litigiosidad, y adecuación del proceso a las reales exigencias de toda controversia en concreto (cfr. más adelante, núm. 16).

9. El principio de la jurisdicción única

Este reforzado sentido de la legalidad, que significa a la vez más segura conciencia de la unidad del derecho y de la nación, me ha llevado necesariamente a aproximar cada vez más plenamente el nuevo código al ideal de la jurisdicción única, solemnemente proclamado en el primer artículo: no solo en el sentido de poner bajo la competencia de la autoridad judicial grupos de controversias hasta ahora atribuidos a la competencia de jurisdicciones especiales o especializadas, sino también en el sentido de reagrupar en el Código de Procedimiento Civil los varios procedimientos hasta ahora dispersos en leyes especiales, y de coordinarlos todos ellos en un sistema único, encomendado a los jueces ordinarios bajo el control, vigilante desde la cúspide, de la Corte de casación.

El fenómeno de las jurisdicciones especiales, que siempre reaparece en la historia en los períodos de crisis del Estado, se debe en gran parte al empuje del nuevo derecho que, sin formularse aún en leyes y no pudiendo encontrar su reconocimiento en las sentencias de los jueces juristas, necesariamente fieles al derecho codificado, busca en la específica competencia de los jueces técnicos una vía de evasión y una puerta de escape. Pero esas magistraturas especiales, que no sin razón se consideraron en momentos de renovación del Estado como las válvulas de seguridad del ordenamiento jurídico, tienen una función siempre transitoria y contingente: y su misión termina cuando el nuevo derecho, libre ya de los lazos tan combatidos de la jurisprudencia, se afirma victorioso en la nueva codificación.

Estas consideraciones valen, no solo respecto de las controversias del trabajo, atribuidas con la abrogación de la ley especial al proceso ordinario, y de las que hablaré particularmente dentro de poco, sino también respecto de las controversias en materia de previsión y de asistencia obligatoria, así como también de las relativas a materias reguladas por normas corporativas y conciertos económicos. Tampoco las magistraturas especiales de más reciente formación en el campo del trabajo y de la producción, como las comisiones para la decisión de las controversias en materia de destajo, podían sobrevivir en el nuevo sistema: satisfecha la necesidad transitoria a que han respondido provechosamente, también ellas debían ceder ante la magistratura ordinaria, que representa, sobre todas las fuerzas económicas y políticas, la continuidad y la estabilidad de la disciplina jurídica del Estado.

No hay que creer por esto que los institutos creados en el ámbito de la jurisdicción del trabajo se hayan perdido: todos los dignos de ser conservados han encontrado, con oportunas mejoras, su puesto en el nuevo código.

Merece especial mención la posición concedida por el código a los expertos, que las abrogadas leyes sobre las controversias individuales del trabajo habían llamado a formar parte del colegio juzgador, a fin de secundar a los jueces togados con personas dotadas de la especial preparación técnica exigida en las materias del trabajo. Pero el desuso en que el instituto de los expertos ha caído en la práctica, ha demostrado que no respondía, tal como estaba montado, a exigencias realmente sentidas. En realidad el técnico solo puede asumir en el proceso la calidad de consultor y de asistente del juez, puesto que la cognición técnica es un medio para poder proceder a la aplicación del derecho, pero no se la puede confundir con él.

A fin de ajustar la posición del técnico a la mayor importancia y amplitud de la colaboración que debe desplegar en el proceso del trabajo, no era pues oportuno atribuirle una función de juzgador distinta de la que le es propia, sino que era necesario en cambio perfeccionar el sistema de su elección y extender su participación al proceso en concepto de consultor del juez jurista. El código persigue esas dos finalidades; y dispone que la elección del consultor haya de hacerse en especiales registros formados previa designación de las asociaciones sindicales, y que el consultor deba siempre participar también en la fase final del juicio. En materia de destajos, la comprobación técnica se ha regulado con modos y efectos particularmente adecuados a lo delicado del asunto.

Se puede decir en general que, juntamente con el robustecimiento del sentido de la legalidad, se reafirma en el ordenamiento judicial el predominio del juez jurista, y el técnico, que en períodos de transición había llegado a penetrar en el colegio en carácter de juzgador, vuelve a ocupar su puesto de consultor, que no juzga, sino que se limita a ilustrar al juez sobre algunos elementos del proceso. La misma tendencia se manifiesta a propósito del arbitraje, que, estrictamente limitado a las controversias sobre relaciones disponibles, no está ya admitido bajo ninguna forma en las controversias individuales de trabajo ni en las de previsión, cuya relevancia social aconseja no sustraerlas a la decisión de los magistrados del Estado (art. 806), con la sola excepción de un especial arbitraje de los consultores en las controversias con contenido predominantemente técnico (arts. 455-458).

Pero las consideraciones expuestas serían incompletas, si no destacásemos aquí cómo el principio de la unidad de jurisdicción tiene un particular valor en el Estado fascista.

La doctrina del fascismo está esencialmente basada en el concepto de soberanía y de autoridad del Estado; ahora bien, la unidad de jurisdicción es la expresión, en el campo procesal, de la unidad del Estado soberano. A través de sus aplicaciones, es la misma indivisible autoridad del Estado la que se manifiesta en forma unitaria y constante, en la infinita variedad de los contrastes entre los derechos subjetivos de los particulares.

Pero sobre todo es por una razón histórica por lo que el principio de la unidad de jurisdicción está fundamentalmente en el ordenamiento jurídico fascista.

Expresión de la más profunda conciencia civil italiana y por tanto de la vocación misma de Italia para el derecho, el fascismo ha realizado en nuestros días las reformas políticas y sociales más en consonancia con los nuevos tiempos. Mediante sus ordenamientos, ha dado concepto jurídico a los más característicos fenómenos de la vida moderna, y ha puesto la certeza del derecho donde estaba la fluctuación y la contraposición de los intereses económicos, sobre todo en las *formas de organización colectiva, típicas de la vida moderna.* Manifestación de esta certeza es la unidad de jurisdicción, en virtud de la cual, como las relaciones que hasta ayer estaban fuera del derecho están hoy reguladas, en forma igual y constante, según la ley, así, los conflictos que de ella nacen, los resuelven hoy, en formas igualmente constantes, según la ley, los órganos del Estado que tienen la plenitud de la función jurisdiccional. Ello significará investir a la Magistratura italiana, que es sumamente digna de hacerlo, del conocimiento de todos los aspectos de la actividad social y dar a nuestro pueblo la absoluta certeza de que la justicia del Estado, unitariamente ordenada, está presente en todos los campos de nuestra vida nacional.

10. La sistematización en el código de las controversias en materia corporativa

Particularmente el proceso se presenta como instrumento de aplicación de los principios del Estado fascista en las controversias en materia corporativa.

Ya la ley del 3 de abril de 1926, sobre la disciplina jurídica de las relaciones colectivas de trabajo, había considerado la magistratura y el proceso como órganos de aplicación del sistema corporativo, creando la magistratura del trabajo y aquel proceso colectivo que constituyó una de las más originales creaciones del sistema corporativo. Con ello los órganos judiciales del Estado fueron llamados por primera vez a colaborar con las organizaciones sindicales.

Pero el campo que ha dado mayor número de casos prácticos en materia de proceso del trabajo, y que ha suministrado la primera experiencia de los principios que con el presente código se extienden a todo el proceso, es el de las controversias individuales del trabajo.

Ya he destacado cómo el real decreto del 26 de febrero de 1928, número 471, el primero en reglamentar esta materia, fue un complemento de la ley del 3 de abril de 1926; reformadas por decreto posterior del 21 de mayo de 1934, las normas sobre las controversias individuales del trabajo están hoy refundidas en *el presente código.*

Como tuve el honor de decir al Senado en mi discurso del 10 de mayo de 1940-XVIII, la inserción definitiva de esta ley especial en el Código Procesal no representa el simple resultado de una obra de coordinamiento legislativo, sino que responde a una más profunda razón de orden político: la afirmación cada vez más plena de la unidad de jurisdicción y la inclusión cada vez más progresiva y orgánica del ordenamiento corporativo en nuestro sistema jurídico.

En armonía con esta exigencia, hecha imperiosa por la realidad histórica a que el presente código quiere sobre todo responder, se ha eliminado también en este campo todo fraccionamiento de la jurisdicción, extendiendo al proceso ordinario las que hasta ahora habían sido características peculiares de proceso del trabajo, y se ha reconocido así al derecho corporativo su función fundamental en la formación de la nueva legalidad. Sin embargo, se han mantenido para las controversias del trabajo algunas oportunas diferencias de rito, y sobre todo se han conservado los institutos que sirven para vincular el procedimiento judicial con la organización sindical y corporativa; esta vinculación ha sido necesaria por el hecho de que generalmente las normas jurídicas que hay que aplicar en la resolución de la controversia del trabajo, son de origen sindical, así como también por el hecho de que la asistencia prestada por las asociaciones sindicales a sus propios representados, extendiéndose a las controversias judiciales, crea las condiciones de colaboración entre órganos sindicales y órgano juzgador que no pueden menos de ser de la mayor utilidad para la administración de la justicia y para la aplicación del ordenamiento corporativo.

Una particular importancia tiene a este propósito el instituto de la intervención en juicio de las asociaciones sindicales, respecto del cual he puntualizado que puede ocurrir en cualquier estado y grado de proceso, resolviendo así positivamente y de conformidad con lo que ya estaba comúnmente admitido en jurisprudencia, la duda acerca de la admisibilidad de la intervención en casación.

A través de la intervención la asociación sindical puede aportar al proceso todos los elementos necesarios para individualizar la exigencia de que ha nacido la disciplina jurídica que hay que aplicar al caso concreto, y para precisar por tanto el espíritu y contenido económico y social de sus normas. Pero sobre todo la asociación sindical está como nadie en condiciones de ilustrar en el proceso los reflejos que la cuestión controvertida tiene sobre los intereses colectivos de las categorías representadas.

Por esta singular posición, la asociación que interviene en juicio se presenta como colaboradora del juez; y hace desear que su intervención se considere cada vez menos como el medio para apoyar la demanda de una de las partes y se convierta en cambio, cada vez más, en el ejercicio de una actividad pública, dirigida, con la actividad jurisdiccional, a la consecución de los fines corporativos que aúnan la acción de todos los órganos del Estado fascista.

Además, aparte del instituto de la intervención, podrá siempre el juez pedir a las asociaciones sindicales todas las informaciones que considere oportunas para la decisión de la controversia, de modo que el intento mismo de conciliación sindical, cuya obligatoriedad en las controversias del trabajo he mantenido, pueda no agotarse en sí misma, sino que en los casos en que no lo consiga, constituya respecto del subsiguiente juicio como un primer juicio de reconocimiento de la controversia, utilizable a los fines de la subsiguiente decisión, que pronunciará el juez en su juicio soberano.

Coordinada así la acción sindical con la acción judicial, la colaboración entre la obra del sindicato y la del juez, no solo será más fecunda de resultados concretos en los casos singulares, sino que será también creadora, en la conciencia común, de la firme convicción de que la justicia del Estado fascista, aun estando por encima de todos los intereses particulares organizados en la forma que fuere, no es ya una justicia abstracta, sino que ante todo es comprensión de la realidad histórica en que vivimos.

Por lo demás, la sensibilidad hasta ahora demostrada por la magistratura italiana en las controversias del trabajo, da la certeza de que la superior serenidad y la absoluta justicia con que ella juzga es uno de los primeros elementos constitutivos de la nueva conciencia y de la nueva vida nacional italiana.

Pero la novedad más relevante que ofrece el nuevo código en materia corporativa, es en la extensión de algunos institutos, hasta ahora propios de las controversias individuales del trabajo, a las controversias en materia regulada por normas corporativas y por acuerdos económicos.

Cuando, por la ley del 20 de marzo de 1930, de reforma del Consejo Nacional de las Corporaciones, se extendió la disciplina colectiva de las relaciones jurídicas a las relaciones económicas colectivas entre las categorías de la producción, se llevó a cabo una verdadera revolución en el campo de la vida económica nacional. En efecto, aquellos institutos, que habían dado una organización unitaria a las relaciones de trabajo, fueron, después de aquella ley, utilizados para dar una disciplina colectiva análoga a las relaciones en que se desarrolla la actividad económica productora, y posteriormente, con la creación de las corporaciones, lograda por ley del 5 de febrero de 1934, se instituyó un sistema completo de organización unitaria de la producción nacional. Así, venía a transformarse todo el sistema de las relaciones económicas al darle un ordenamiento jurídico.

Pero ningún ordenamiento jurídico es completo si no está garantizado por un sistema procesal adecuado, y aunque el proceso ordinario, sobre todo después de las reformas ahora realizadas, dé toda garantía a fin de que también en el campo de las controversias en materia económica se realice una justicia rápida y segura, resulta no menos necesario que, en las controversias en materia regulada por normas corporativas y por acuerdos económicos, encuentren en lo posible aplicación aquellos peculiares institutos que se han mantenido para las controversias del trabajo.

En efecto, puesto que también en este campo nos encontramos ante una disciplina jurídica de formación sindical, es lógico y oportuno que la obra del juez pueda vincularse con la de las entidades sindicales, al igual que en las controversias del trabajo, y que los institutos que facilitan la decisión de estas, se utilicen también en las controversias económicas.

Desde este punto de vista, la reforma tiene una importancia que trasciende los límites del puro procedimiento, y se presenta, aun sin salir del campo procesal, como un verdadero y propio complemento del sistema corporativo.

Finalmente, he considerado oportuno introducir en el código las normas reguladoras del proceso colectivo del trabajo, tomándolas de la ley del 3 de abril de 1926 y del decreto del 1º de julio del mismo año, y aportando a ellas las pequeñas modificaciones que exigían las transformaciones realizadas durante estos años en el ordenamiento sindical. Se han mantenido, pues, en esta materia, los expertos, cuya presencia se justifica en el proceso colectivo por su contenido predominantemente económico y técnico, y porque la sentencia colectiva debe incluirse en una más amplia y unitaria disciplina de las relaciones de trabajo, cuyos elementos deben tenerse presentes durante el proceso.

En la decisión de las controversias colectivas, el juez no cumple con su normal función declarativa del derecho respecto de las relaciones jurídicas ya existentes, sino que despliega una función constitutiva que tiene por efecto, mediante la sentencia colectiva, la emisión de nuevas normas jurídicas, obligatorias para las categorías. No he creído, sin embargo, que esta singularidad del proceso colectivo justificase el mantenimiento de las normas respectivas fuera del Código de Procedimiento Civil.

Aparte la consideración de que hay también otros casos en el código, si bien de menor relieve y de limitada referencia al caso singular, en que se han conferido al juez funciones constitutivas, y aparte también la utilidad de tener en un solo *corpus* todas las normas de naturaleza procesal, la introducción del proceso colectivo en el código representa, por así decirlo, la consagración incluso formal del principio de que la posición propia del juez, superior a los intereses en contraste, hace de él, no ya solo un órgano de justicia en su normal función de aplicación de la ley, sino también, así sea excepcionalmente y dentro de los límites fijados por el ordenamiento jurídico, un órgano creador de la disciplina unitaria de las relaciones de trabajo que constituye una de las más destacadas características de la Italia fascista.

11. La unidad del derecho y la Corte de casación

La decidida voluntad del código de traducir a la arquitectura del nuevo proceso, el principio, hasta ahora proclamado en la teoría más que aplicado en la práctica, de la jurisdicción única, no podía menos de sentirse sobre el ordenamiento de la Corte de casación, que ya una de las primeras reformas judiciales del nuevo régimen (real decr. 601, de 24 marzo 1923) indicó, llevando finalmente a cabo su unificación, como custodio supremo de la unidad del derecho y, podría decirse, como su visible símbolo.

He querido, pues, que a la Corte de casación se le confiriesen en el nuevo proceso los adecuados poderes para que, desde el vértice del sistema y de manera eficaz, pudiera ser el supremo órgano regulador de las competencias. A este fin, no solo he vertido en el código las disposiciones de la ley del 31 de marzo de 1877, número 3761, sobre los conflictos de atribución, sino que he reformado también el instituto del reglamento de competencia (cfr. núm. 26) en forma de hacer posi-

ble, contra toda sentencia de primer grado que haya resuelto una cuestión de competencia, el recurso *per saltum* a la Corte de casación, a fin de que estatuya definitivamente con un procedimiento particularmente sencillo y rápido. De este modo su función reguladora de las competencias, no limitada ya a las hipótesis de los conflictos o del recurso ordinario, podrá tener una acción mucho más extensa y más inmediata que en el pasado.

Con igual cuidado se han extendido y reforzado los poderes de la Corte de casación a fin de hacer cada vez más eficaz y rápido su control unificador sobre la interpretación jurisprudencial del derecho. Las sentencias inapelables que hasta ahora estaban sustraídas al recurso de casación, están ahora sujetas a él; las sentencias de primer grado pueden ser denunciadas directamente en casación, *omisso medio*, cuando las partes estén de acuerdo en considerar que toda la causa depende de la decisión de una cuestión de principio sobre la que desde la primera instancia es previsible que la Corte Suprema estaría en todo caso llamada a decir la última palabra. Por otra parte, el control de la Corte de casación ha sido extendido, no solo en el sentido de someter a él nuevas categorías de sentencias, sino también en el de admitir el recurso por violación de cualquier norma jurídica (no solamente de las leyes en sentido formal), sin excluir las disposiciones de los contratos colectivos (art. 454), cuya interpretación quedaba hasta ahora zanjada fuera de la acción unificadora del supremo colegio, tanto más necesaria y preciosa en un derecho de reciente formación cual es el derecho corporativo.

Y el instituto del recurso en interés de la ley, se ha conservado, precisamente, porque se estimó que el acrecido interés público en la fiel interpretación de una codificación renovadora, debía tener en todo caso, independientemente del recurso de parte, un medio propio para llamar la atención del supremo colegio sobre las posibles indecisiones de la jurisprudencia.

Se ha establecido, así mismo, que el pronunciamiento de la Corte de casación sobre la *quaestio iuris* tenía en todo caso inmediata eficacia vinculante para el juez de reenvío: se ha abolido así, como hacía tiempo había ocurrido oportunamente en el proceso penal y en el proceso del trabajo, la libertad hasta entonces reconocida al juez de primer reenvío, de "revelarse", según se decía, contra el dictamen del Supremo Colegio, insistiendo en la interpretación ya por él censurada: curiosa supervivencia histórica de los tiempos en que se concebían las funciones del Estado como poderes recíprocamente contrapuestos, y en que parecería que a los pronunciamientos de la Corte de casación considerada como un órgano político, no cabía reconocer una eficacia positiva vinculante para el juez de reenvío sin violar con ello la independencia del poder judicial.

La función unificadora de la interpretación del derecho encomendada a la Corte Suprema (a la que se ha reconocido además, explícitamente, el poder, hasta ahora discutido en doctrina, de corregir la motivación errónea en derecho aun cuando se rechazara el recurso: art. 384), encuentra su coronamiento en la nueva competencia atribuida a las secciones unidas, a las que podrá reservárseles la decisión de las cuestiones ya decididas en sentido disconforme por las secciones sim-

ples, así como la de las que presenten una especial importancia de principio. No hay que temer que este aumento de atribuciones pueda aumentar en tal forma el trabajo del supremo colegio, que retrase su funcionamiento normal, con peligro de la uniformidad jurisprudencial misma: si se considera la enorme disminución de recursos que derivará de sustraer a la impugnación separada las sentencias no definitivas (cfr. num. 25), y si a ello se agrega el poder que se ha conferido a la Corte en armonía con el feliz experimento ya realizado en proceso penal (C. de P. P., art. 531), de eliminar en cámara de consejo los recursos inadmisibles o manifiestamente infundados, se comprenderá con facilidad que el nuevo ordenamiento permitirá al supremo órgano judicial ejercer en el futuro sus más extensos oficios con prontitud cada vez más ejemplar.

12. Reforzamiento de los poderes del juez en orden a la dirección del proceso

El nuevo código quiere fundamentalmente elevar la autoridad del juez y aumentar sus poderes: es esta, por todas las razones ya expuestas al comienzo de la presente relación, la directiva fundamental de la reforma.

El juez —afirmaba el 16 de octubre de 1939-XVII ante la *Comisión de las Cámaras Legislativas*— es el órgano a quien encomienda el Estado el cometido esencial de aplicar la ley por medio del procedimiento. En el fondo de la cuestión, está el renovado concepto de dignidad y de autoridad del Estado fascista y de su órgano, en virtud del cual no sería concebible que el juez asistiera a él como espectador impasible, e impotente a veces, cual si fuese el árbitro en un campo gimnástico, que se limita a marcar los puntos y a controlar que se observen las reglas del juego, para una lucha que compromete en cambio, directamente, la más celosa y la más elevada función y responsabilidad del Estado. Es, pues, necesario que el juez tenga una precisa dirección del proceso, una posición preeminente y reguladora.

En la aplicación práctica de esta directiva, hay que cuidarse sin embargo de confundir problemas diversos, que a mi entender deben ser considerados y resueltos de otro modo.

La tendencia general, visible en todas las legislaciones procesales de estos últimos veinte años, a reforzar los poderes del juez en el proceso civil, proviene de dos distintas corrientes de pensamiento, que solo en parte concluyen: de una parte, proviene de consideraciones de carácter exclusivamente procesal, atinentes al carácter de función pública que tiene en todo caso la jurisdicción aun cuando se la ejerce sobre controversias de derecho privado; y por otro, de consideraciones atinentes a las transformaciones ocurridas en el derecho sustancial, en el que se asiste a una constante irrupción del derecho público en campos hasta ahora reservados a la libre disposición de los particulares.

El primer orden de consideraciones lleva a esta conclusión: que el juez, también en el proceso civil, debe estar en todo caso provisto de los poderes in-

dispensables para administrar activa, rápida y provechosamente la justicia. Aunque la controversia concierna a relaciones de derecho privado de que las partes hubieran podido fuera del proceso disponer a su antojo, ello no significa que el proceso, una vez iniciado, se pueda considerar como asunto particular cuya suerte pueda abandonarse al interés individual de los contendientes. Aun en los procesos mismos sobre controversias de derecho privado, entra en juego, apenas se invoca la intervención del juez, el interés eminentemente público que es el de la recta y solícita aplicación de la ley al caso concreto; no debe, pues, permitirse a los particulares que invoquen la justicia para hacerla servir a finalidades en contradicción con ella, ni que abrumen los tribunales con sus escaramuzas dilatorias a las que esté constreñido a asistir el juez inerte, mientras les plazca a ellos hacerlas durar. El juez, aunque la relación controvertida sea de puro derecho privado, debe estar provisto de todos los poderes ordenatorios y disciplinarios indispensables para que el proceso no detenga el paso ni se desvíe: debe ser su director y propulsor, vigilante, solícito y sagaz. Libres serán las partes para proponer el *thema decidendum*; pero los medios y el ritmo para decidir pronto y bien, sobre el tema propuesto, es al juez a quien corresponde determinarlos.

Esta dirección efectiva del proceso encomendada al juez, esta posición activa y dominante que está él llamado a asumir aun en la fase instructoria, no es inconciliable con la autonomía negocial que conservan las partes sobre la relación controvertida, dentro de los límites en que esa autonomía está mantenida por las normas de orden público. En todo caso, pues, y comoquiera que se manifieste la autonomía de las partes, el juez debe estar provisto de los medios indispensables para impedir que el proceso se convierta en un fraude o en una befa organizada por el litigante de mala fe en daño de la justicia: y a la predisposición de tales medios, como lo explicaré mejor más adelante, el nuevo código ha provisto con gran energía.

13. El principio dispositivo; proyección en el proceso del derecho subjetivo

Pero la cuestión es distinta cuando se trata, no ya de los poderes atinentes a la dirección y a la disciplina del proceso, sino de los que atañen al ejercicio de la acción y a la determinación del tema del debate; aquí el problema es más delicado, ya que no se limita a la técnica instrumental del proceso, sino que incide profundamente sobre la sustancia de la relación controvertida.

Ya he recordado que el proceso no puede ser fin en sí mismo, sino que debe estar construido como instrumento adecuado a las exigencias del derecho sustancial a que debe servir; y he destacado también que el derecho procesal, si quiere igualmente evitar que los tiempos se le adelanten o adelantarse él a ellos, debe actuar en las relaciones entre el juez y las partes el mismo equilibrio que en aquel momento histórico se ha logrado en el derecho sustancial entre la intervención del Estado y la iniciativa privada.

Este es, a mi modo de ver, el verdadero criterio según el cual se puede resolver el problema del predominio que debe darse en el proceso civil al principio denominado dispositivo o al principio que se le contrapone, denominado inquisitorio: problema que no se puede resolver con criterios absolutos, de una vez para siempre, sino que hay que resolverlo históricamente, en armonía con toda la codificación de que forma parte el derecho procesal. El principio dispositivo es, en sustancia, la proyección sobre el campo procesal, de la autonomía privada en los límites señalados por la ley, que encuentra su más enérgica afirmación en la tradicional figura del derecho subjetivo: mientras la legislación reconozca (así sea para coordinarla cada vez mejor con los fines colectivos) esa autonomía, el principio dispositivo deberá coherentemente ser mantenido en el proceso civil como inevitable expresión del poder, reconocido a los particulares, de disponer de su propia esfera jurídica.

De ahí que se hayan conservado en el código (arts. 112 y ss.), como afirmaciones de principio, los aforismos de la antigua sabiduría: *ne procedat iudex ex officio: ne eat iudex ultra petita partium; iudex secundum alligata et probata decidere debet*. Suprimir tales principios hubiera significado, más que reformar el proceso, reformar el derecho privado: dar al juez el poder de iniciar de oficio una causa que los interesados querrían evitar o el de juzgar sobre hechos que las partes no han alegado, significaría retirar en sede procesal la autonomía individual que en sede sustancial está reconocida por el derecho vigente. Con esto no se quiere excluir, naturalmente, que también esa autonomía pueda ser limitada y aun suprimida cuantas veces así lo exija el interés público; se quiere decir únicamente que tales limitaciones deben estar explícitamente establecidas por el derecho sustancial, y no introducírselas indirectamente a través del proceso con un expediente que repugnaría a la clara y valerosa técnica en que se inspira la codificación fascista.

14. El principio inquisitorio en las causas de orden público y los acrecentados poderes del ministerio público

Las mismas consideraciones que me han inducido a mantener como máxima (si bien sea con oportunos temperamentos: cfr. núm. 29) el principio dispositivo en todas las causas atinentes a relaciones disponibles, me han inducido, por coherencia, a adoptar en más amplia medida el principio inquisitorio en todas las causas que atañen a relaciones jurídicas no disponibles o, como tradicionalmente se dice, atinentes al orden público: relaciones cuyo número ha aumentado notablemente, y aumentarán más aún en la nueva legislación sustancial, en correspondencia con la influencia cada día mayor del derecho público sobre el derecho privado.

En estas causas es necesario que el proceso quede ampliamente desvinculado de la iniciativa de las partes, si no se quiere que la autonomía individual, limitada o suprimida por las leyes sustanciales, resurja de sus propias cenizas a

través del proceso. Pero también aquí, al adoptar el sistema inquisitorio, el nuevo código ha tenido cuidado de disciplinarlo de modo que no se menoscabe con ello la virtud más preciosa del juez, que debe ser aun en los procesos sobre causas atinentes al orden público, su imparcialidad. Realmente, el concepto tradicional según el cual se representa al juez como institucionalmente inerte y como desprovisto de todo poder de iniciativa, puede tener su parte de exactitud, ya que muy a menudo el preguntar es psicológicamente incompatible con el juzgar, y el aumentar desmedidamente los poderes de iniciativa del juzgador puede inducirlo *a prejuzgar antes de haber juzgado y a transformarse, de juez sereno, en apasionado defensor* de una tesis ya previamente adoptada. Por estas consideraciones, también en el proceso penal la función de acusar se encomienda a un órgano distinto del juez; y por las mismas consideraciones, también en los procesos civiles de tipo inquisitorio se ha respetado el principio *ne procedat iudex ex officio*, en el sentido de que cuando el interés público reclama que se desvincule de la iniciativa privada el ejercicio de la acción, el poder de accionar se confíe, no al juez, sino a un órgano especialmente creado para accionar, es decir, al ministerio público (art. 69).

Esta oportunidad psicológica de no enturbiar la serenidad del juez con la concesión de poderes de iniciativa más en consonancia con la función de la parte o del defensor, se ha respetado también en el campo de las pruebas, para cuya deducción se ha preferido así mismo, en el proceso de tipo inquisitorio, aumentar los poderes del ministerio público en lugar de los del juez. A este fin, se ha acrecentado en el nuevo código el número de las causas en que se hace obligatoria la intervención del ministerio público (art. 70); pero, más que este aumento, es significativo el acrecentamiento de los poderes instructorios conferidos en tales casos al ministerio público interviniente, el cual, no se limitará ya, como ocurría en el pasado, a presentar platónicas conclusiones, sino que podrá, dentro siempre de los límites del *petitum* propuesto por las partes, apoyarlas con producción de documentos y requerimiento de pruebas en forma que contribuya prácticamente al esclarecimiento de la verdad y a la lucha contra los fraudes procesales; y para oponerse a estos, se le conferirá igualmente, con una innovación digna de especial relieve, el poder de impugnar en revocación las sentencias que sean "efecto de la solución puesta en obra por las partes para defraudar a la ley" (art. 397). Así, al ministerio público le está encomendado, cada vez más plena y eficazmente, el oficio de integrar la obra del juez con el ejercicio de los poderes activos que no podrían atribuírsele directamente al mencionado juez sin desnaturalizar su función, basada en la necesaria distinción psicológica entre el accionar y el juzgar, entre la proposición del tema a decidir y la decisión de él.

Poderes más amplios de iniciativa instructoria se han reconocido en cambio directamente al juez en los procedimientos ante el pretor y ante el conciliador (art. 317) y, más decididamente aún, en las controversias del trabajo (art. 439); no solo porque en estas últimas el interés público es especialmente vigilante, sino también porque en las causas de menor valor, en que están en juego los intereses

de los ciudadanos menos acomodados o menos cultos, es oportuno que el juez se aproxime a ellos para suplir con más amplios poderes a su inexperiencia y a la menor facilidad que ellos tienen para servirse de la obra de poderosos defensores.

15. Las formas procesales: sencillez y modernidad del procedimiento

He querido que el nuevo proceso sea sencillo, comprensible y moderno. Un mínimo de formas es indispensable, como garantía técnica de lealtad y de disciplina procesal; pero la historia de las instituciones judiciales demuestra que las formas primitivamente adoptadas para conseguir ciertas finalidades, tienden a sobrevivir a su función y a persistir cristalizadas en la práctica como fin en sí mismas, aun después de haber cesado su justificación histórica.

Se ha tratado de liberar el nuevo proceso de todas esas incrustaciones formalísticas que una práctica burdamente conservadora cultiva y valoriza, a menudo inconscientemente: inútiles solemnidades, complicaciones innecesarias, jergas ininteligibles y arcaísmos sacramentales; todo eso tendrá que desaparecer del nuevo procedimiento, que quiere ser y sentirse moderno y próximo a la vida de nuestro tiempo.

También las nulidades de los actos procesales se las ha establecido siempre, no en ciego obsequio a la forma en sí misma considerada, sino puesta la mira en la finalidad práctica que el acto está destinado a conseguir en el proceso: nunca se puede pronunciar la nulidad, si el acto, pese a la inobservancia de la forma, ha conseguido igualmente la finalidad a que estaba destinado, así como se puede anular el acto que carezca de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad (art. 156).

Esta sensación de extrañeza y de hostilidad que los procedimientos judiciales provocan en los profanos, que quedan a menudo desorientados y atemorizados por las fórmulas procesales, cual si ellas estuviesen llenas de significados recónditos, se puede vencer mediante la simplificación de los medios de expresión y el restablecimiento de la facilidad de los contactos directos entre el juez y las partes. La estructura del procedimiento debe ser tal, que provoque con su claridad la confianza de los ciudadanos que piden justicia: he tratado de obtener esto, dando al proceso, en cuanto la técnica lo consiente, la soltura y la rapidez con que se desenvuelven en la vida las operaciones comerciales, el contacto directo y la concisión con que se entienden los hombres de negocios, el desprecio por las frases inútiles propio de la gente trabajadora, que no tiene tiempo que perder.

La mejor disciplinada cooperación del consultor técnico, permitirá al juez tener en todo momento junto a sí el valioso aporte de la ciencia y la experiencia; el poder del juez de ordenar en todo momento la comparecencia personal de las partes, le permitirá aproximarse a ellas en una especie de confiada conversación clarificadora; también el proceso ejecutivo se aproximará a la vida, cuando la venta o la asignación de los bienes expropiados puedan hacerse sin formalidades abru-

madoras, con los mismos criterios de conveniencia práctica e inteligente prudencia en que se inspiran en sus tratos los mejores hombres de negocios. Todo el proceso debe hacerse más humano, en el sentido de que aparezca a los ojos del pueblo, no ya como una especie de ceremonia cabalística en la que solo los iniciados pueden hacerse entender, sino como accesible refugio puesto por el Estado a disposición de todos aquellos que crean en la justicia y que, para hacerse escuchar, no tengan otros títulos que el buen sentido y la buena fe.

16. El principio de adaptabilidad del procedimiento a las exigencias de la causa

El problema de las formas procesales puede considerarse también en relación al problema de los poderes del juez; y no es inútil aclarar la posición que el código adopta frente a este aspecto del problema.

Para regular la forma y el orden de los actos procesales, se pueden pensar en abstracto dos contrapuestos sistemas: el de que cada fase del procedimiento se fije de antemano por la ley con rigidez invariable, de modo que el juez y las partes, cualquiera que sea la importancia o la urgencia de la causa, tengan por fuerza que recorrer su trámite; o el de que se encomiende al juez el poder de fijar en cada caso el procedimiento que él estime que mejor responde a las exigencias concretas de las controversias que hay que decidir.

Este segundo sistema (del que había en el código hasta ahora vigente una aislada manifestación en el art. 17, que en ciertos casos dejaba a los árbitros la facultad de establecer "los términos y el método de procedimiento") ha gozado de un cierto favor en las legislaciones europeas de estas últimas décadas: así como en muchos países ha reaparecido la tendencia hacia el derecho libre *in iudicando*, así también, paralelamente, ha resurgido, como reacción contra la excesiva rigidez del formalismo procesal, la tendencia a la libertad de las formas *in procedendo*.

El nuevo código, también en el campo de las formas procesales, permanece fiel al sistema de la legalidad: la claridad y la lealtad de los debates peligrarían si las partes y sus defensores no pudiesen conocer de antemano con seguridad cuál habrá de ser el desenvolvimiento del proceso que se inicia; y sería demasiado peligroso consentir a la discreción del juez la supresión de cualquier forma de procedimiento, aun la de aquellas que en todo tiempo se han considerado como garantía esencial e insuprimible de todo juicio. Pero, aun sin alejarse aquí tampoco del principio de la legalidad, el código ha tratado de atemperar su excesiva rigidez adoptando, en vez de un tipo de procedimiento único e invariable para todas las causas, un procedimiento adaptable a las circunstancias que puede, según los casos, abreviarse o modificarse al extremo de poder adoptar múltiples figuras de acuerdo a las exigencias concretas de cada causa.

La rigidez de un procedimiento reglamentado de modo uniforme para todas las causas posibles, tiene el gran inconveniente de no prestarse a satisfacer simultáneamente la exigencia de cuidadosas y exhaustivas investigaciones, es-

pecialmente sentida en ciertas causas más complicadas y difíciles, y la exigencia de una pronta resolución, que predomina en las causas más sencillas y urgentes. A fin de conciliar armónicamente estas dos contrapuestas exigencias en el sistema de la legalidad, el código se ha inspirado en el principio de la *adaptabilidad* (o como también, y autorizadamente, se ha dicho, de la *elasticidad*) del procedimiento: en cada etapa de su *iter* procesal, las partes y el juez encuentran ante sí, propuestos a su elección por la ley, múltiples caminos, y a ellos les corresponde, según las necesidades del caso, preferir el camino más largo o alguno de los atajos. De esta adaptabilidad del procedimiento a la causa se verán en el curso de esta relación numerosas aplicaciones concretas: el poder que tiene el juez instructor de remitir preliminarmente al colegio la resolución de las más graves cuestiones prejudiciales; la elasticidad de la fase instructoria, que puede alargarse o abreviarse hasta que quede aclarada la verdad; la facultad que tienen las partes de provocar una decisión de equidad o de recurrir directamente en casación saltándose la fase de apelación: son todas ellas manifestaciones del mismo principio de adaptabilidad, que permite realizar el máximo deseable de economía procesal.

No se cae así en los peligros que se seguirían de dejar al juez árbitro absoluto del procedimiento, puesto que el procedimiento está fijado de antemano por la ley; pero esta, en vez de construirlo todo él de una pieza, lo ha construido como un mecanismo compuesto de piezas desmontables y diversamente combinables entre sí, que corresponde a la sensibilidad de las partes y a la prudencia del juez el montar en cada caso de la manera más en consonancia con los fines sustanciales de la justicia.

17. Contra la mala fe procesal

La concepción que ve también en el proceso civil un instrumento de aplicación de la voluntad del Estado, no puede considerar la astucia como un arma que pueda tolerarse en los juicios; mientras se concebía el proceso como una especie de duelo legalizado en que el juez debía limitarse a registrar los golpes y a dar la palma al más diestro, las estratagemas puestas en juego por uno de los litigantes podían aparecer como medios de lucha privada contra los que debía pensar por sí mismo en precaverse y reaccionar el adversario; y si no lo conseguía, peor para él. Pero en la más moderna concepción del proceso civil, toda malicia ejercitada contra el adversario es a la vez un fraude contra la administración de la justicia: la defensa de la buena fe procesal es, pues, uno de los principios inspiradores del nuevo código, el cual proclama solemnemente que "las partes y sus defensores tienen el deber de comportarse en juicio con lealtad y probidad" (art. 88).

A esta suprema exigencia moral deben ajustarse en el proceso todas las actividades de las partes y de sus patrocinadores; y la proclamación de principio contenida en el artículo mencionado, quiere ser ante todo un llamamiento admonitorio dirigido a su conciencia. Pero, si no puede haber dudas sobre la

bondad del fin, *no es ya tan sencillo el problema de la elección de los medios* prácticos para conseguirlo: y una detenida meditación sobre el tema me ha llevado a considerar que, para conseguir la que se llamó la "moralización del proceso civil", no es el mejor de los métodos el que, más intimidatorio que persuasivo, consistía, según el proyecto anterior, en fijar gravísimas multas pecuniarias a toda deslealtad procesal cometida por los litigantes o sus defensores.

También en el nuevo código, lo mismo que en el anterior, la mala fe procesal podrá tener una sanción pecuniaria directa en la responsabilidad agravada (condena al resarcimiento de los daños, además de la condena en costas: art. 96) en que incurrirá el *vencido* que haya accionado o resistido en juicio a conciencia de que no tenía razón; y además, según el nuevo código, también las singulares violaciones del deber de lealtad y de probidad cometidas durante el proceso, *podrán tener su relevancia pecuniaria independiente de la derrota final, toda vez* que podrá también el vencedor ser condenado al reembolso de las costas causadas por su deslealtad al adversario (art. 92).

Pero, más que por las sanciones pecuniarias, considero que la lealtad del proceso debe estar eficazmente garantizada por la conciencia de los defensores y por la sagaz sensibilidad de los magistrados.

El espíritu de baja astucia que alimenta las especulaciones sobre los *litigios*, no puede ser desterrado de los tribunales mientras los abogados no tengan plena conciencia de la elevación moral y de la importancia pública de su ministerio, que los llaman a ser los más valiosos colaboradores del juez; y estaría por decir que la lealtad de los juicios podrá ser garantizada, más que por el cambio de las leyes, por la transformación de las costumbres, si no supiese que esa transformación es ya un hecho, y que los órdenes forenses, bajo la ilustrada vigilancia de los órganos sindicales, son perfectamente conscientes de lo que la administración de la justicia espera de ellos.

Pero, en todo caso, para impedir cualquier desviación del proceso de sus propios fines, servirá la continua y perspicaz vigilancia del juez, dotado por el nuevo código de los poderes de participación activa y continuativa en el debate que, en la lucha contra la mala fe procesal, valdrán más que cualquier sanción pecuniaria para ahuyentar de antemano todas las maniobras y todas las astucias. La malicia de los litigantes era sobre todo peligrosa en un proceso, como el vigente hasta ahora en que el juez, pasivo y aislado, había de limitarse a leer los documentos escritos sin ver cara a cara a las partes; pero cuando, como ocurrirá en el nuevo proceso, se halle ese mismo juez en condiciones de ponerse en contacto directo con los litigantes, de invitarles a que expliquen su conducta y contesten a cara descubierta sus contradicciones, es de prever que toda especulación judicial aparecerá estéril, y que la obra clarificadora del magistrado actuará sobre la conducta de los litigantes como la luz que desinfecta.

A este fin, merecen ser puestos en evidencia dos institutos que el nuevo código considera como las armas prácticamente más eficaces puestas a disposi-

ción del juez para combatir la mala fe procesal: el poder de ordenar en cualquier momento del proceso la comparecencia personal de las partes (art. 117), y el poder, complementario del primero, de sacar argumentos de carácter probatorio de la conducta procesal de ellas (art. 116). En la comparecencia personal de las partes encontrará el juez el medio para aclarar los puntos oscuros a la luz del contradictorio, y para ponderar mediante la observación directa de las personas sus intenciones y su psicología; y la franqueza o el subterfugio con que respondan a sus preguntas, los tendrá presentes en el momento de la decisión del mérito, de manera que en la valoración de las resultancias instructorias, pueda tener cierto peso también la atendibilidad moral de las personas.

A la sensibilidad del juez estará también principalmente encomendado el buen funcionamiento de los mecanismos que el nuevo proceso apronta para evitar la reprobable y abusiva táctica curialesca que consiste en reservar los más poderosos argumentos de defensa para hacerlos valer en el último momento, cuando la contraparte no esté ya en condiciones de replicar a sus anchas. Contra tales métodos dispone el nuevo código, como veremos, una serie de preclusiones (cfr. núm. 24) que habrán de operar en el curso del procedimiento como barreras contra las tardías defensas, tanto más insuperables cuanto mayor haya sido el retardo; pero, también aquí, el sistema de la ley destierra toda excesiva rigidez, y consiente al juez abrir las barreras preestablecidas, cuando efectivas necesidades de justicia así lo aconsejen y esté excluida toda culpable negligencia de las partes.

También aquí, el contacto directo con las personas permitirá al juez poner en actuación su discernimiento. Lo mismo se puede repetir respecto de la ejecución forzada: aun habiéndose introducido en el nuevo código numerosas normas especiales para eliminar del proceso ejecutivo las más conocidas ocasiones de fraude (recuerdo las limitaciones puestas por los arts. 620 y 621 para hacer cesar el tradicional escándalo de las reivindicaciones de bienes pignorados propuestas por testaferros del deudor), se confía en que la regularidad y la honestidad de las operaciones ejecutivas, campo preferido de las especulaciones y de los fraudes, estarán aseguradas por la continua participación del juez de la ejecución y por la posibilidad que él tendrá en todo momento de convocar junto a sí a los interesados y de aconsejarse con ellos.

En suma, la idea fundamental en que se ha inspirado el código al predisponer las medidas más eficaces contra la mala fe procesal, es esta: que el contacto directo entre el juez y las partes, tiene que engendrar en ellas la convicción de la absoluta inutilidad de las estratagemas y de las celadas. Los litigantes advertirán que la simple astucia, no solo no servirá para ganar las causas, sino que podrá a menudo servir para hacer que se las pierda: y se verán inducidos a comportarse según la buena fe, no ya solo para obedecer a su conciencia moral, sino también para perseguir su interés práctico, lo cual les hará ver que, en fin de cuentas, la deshonestidad no constituye nunca, y tampoco en los procesos, un buen negocio.

18. ACERCAMIENTO DE LA JUSTICIA AL PUEBLO

De todo lo dicho hasta aquí, parece ser que resulta con claridad el propósito, en que por varias direcciones se ha inspirado el código, de hacer el proceso civil más popular, es decir, más próximo y más accesible también a las personas humildes y desheredadas de la fortuna, en daño de las cuales recaen principalmente los costosos tecnicismos de los procedimientos excesivamente complicados.

El programa de aproximar la justicia al pueblo, de ir también en este terreno, según la palabra del Duce, hacia el pueblo, ha sido realizado por el nuevo código, ante todo, mediante la elevación de los límites de competencia por razón del valor de los conciliadores a mil liras (a dos mil para las causas relativas a arrendamientos de inmuebles: art. 7°) y de los pretores a diez mil liras (art. 8°). Esta elevación de la competencia por razón del valor, establecida también en consideración al cambio de valor de la moneda, tendrá la inmediata consecuencia de hacer sentir las ventajas de un procedimiento más simple y más familiar, cual es el que se puede seguir ante el juez único, a un más extenso número de controversias de modesto valor económico, en que están en juego los intereses del pueblo más menesteroso. Litigar ante los tribunales había venido a ser un lujo, especialmente para los que tuviesen que proponer una causa apenas superior al valor máximo de competencia del pretor, fijado en cinco mil liras: y quien no tuviera medios para pagarse aquel lujo, prefería resignarse a no reaccionar contra la sinrazón, antes que salirle al paso iniciando una causa de tribunal con riesgo de un gasto desproporcionado al importe del litigio. Elevar al duplo la competencia por valor del juez único, quiere decir volver a poner la justicia al alcance de los pobres; y en su interés se han dictado especialmente todas aquellas disposiciones que en este procedimiento simplificado consienten al juez amplios poderes de iniciativa destinados a llenar las lagunas de una defensa deficiente y a dar sugerencias a la parte más débil y menos experimentada.

De los particulares cuidados que ha dedicado el nuevo código a las controversias del trabajo, y en general a todas las controversias en materia corporativa, ya hemos hablado: su inclusión en el código es el signo evidente de que el espíritu corporativo ha entrado en el sistema del proceso civil, y el aspecto social de la justicia, entendida como protección del trabajo y como garantía de los bienes por él producidos, ha sido llevado al primer plano.

A la misma inspiración responde en el ordinario procedimiento colegial, que de aquí en adelante se reservará a las causas de un valor superior a diez mil liras, la institución (de que hablaremos mejor más adelante, núm. 20) del juez instructor.

En el procedimiento hasta ahora seguido ante los tribunales, el juez era invisible y anónimo hasta el momento de la expedición de la causa a sentencia: y aun en aquel momento, el órgano judicial se presentaba a los litigantes como un colegio lejano e inaccesible, con el que no cabía establecer vínculos de confianza y comprensión. También en el nuevo procedimiento, el colegio, órgano decisor, mantendrá aquella posición de preeminencia y de solemnidad que es condi-

ción esencial de la imparcialidad y de la autoridad; pero desde el inicio del procedimiento hasta el momento en que esté madura la causa para la decisión colegial, el juez instructor, siempre la misma persona para todo el curso del proceso, descenderá del sitial hacia los litigantes y se sentará a la misma mesa con ellos, para escuchar de cerca, *de plano et sine strepitu*, sus razones: y el debate estará todo él animado por la presencia de esta persona viva, que dará un sentido al procedimiento y un rostro a la justicia.

Aproximar la justicia al pueblo no quiere decir solamente hacer menos costoso y menos erizado de formalidades materiales el acceso a los órganos judiciales; sino que quiere decir, sobre todo, hacer que las partes, una vez admitidas a la presencia del juez, encuentren en él inmediata atención y comprensión, y tengan acto seguido la confortante sensación de que la buena fe y la honestidad se encuentran a presencia del magistrado como en su propia casa, en una atmósfera de confianza y de vecindad propia de hombres.

19. Sistema y técnica del código

En las directivas hasta ahora enunciadas se inspira el orden que he seguido en la sistematización de la materia en los cuatro libros en que se divide el código.

Mientras que el Código de 1865 iniciaba su primer libro, dedicado al proceso de cognición, por las disposiciones generales sobre el ejercicio de la acción, el nuevo código parte de la jurisdicción y del juez. Esta variación es el orden sistemático, es índice de un cambio de mentalidad: el anterior código se planteaba los problemas desde el punto de vista del litigante que pide justicia, el nuevo los encara desde un punto de vista del juez que debe administrarla; mientras el antiguo código consideraba la acción como un *prius* de la jurisdicción, el nuevo código, invirtiendo los términos del binomio, concibe la actividad de la parte en función del poder de juez.

Agrupadas en el segundo libro las normas sobre el procedimiento de los conciliadores, y sistematizada al final del cuarto libro, es decir, al final del código, la disciplina del arbitraje, el primer libro, bajo el título de "Disposiciones generales", contiene todas las normas sobre los órganos judiciales y sobre las partes, sobre sus poderes y deberes, y sobre los actos procesales en general que son comunes y se aplican, en defecto de disposiciones especiales, a todo tipo de procedimiento, ordinario o especial, de cognición o de ejecución. La introducción en el código de esta parte general, que responde a los votos de una autorizada doctrina y que está en armonía con el orden adoptado por el Código de Procedimiento Penal de 1930, facilitará la visión sistemática del nuevo proceso; y vendrá prácticamente a facilitarse la consulta del código. Particularmente significativa es la agrupación, bajo el título de los órganos judiciales, de todas las normas que disciplinan los auxiliares del juez, comprendidos el consultor técnico y el custodio; y desde el punto de vista práctico, es importante la sistematización en este primer libro de las normas sobre la competencia y sobre el modo de regularla.

El segundo libro está dedicado al *proceso de cognición ordinario*; el principio de la unidad jurisdiccional encuentra su más importante afirmación en la inclusión en este libro de las normas atinentes a las controversias en materia corporativa.

Al proceso de ejecución está dedicado el libro tercero: y en él, por claridad sistemática, no solo se ha incluido un título que contiene las normas generales reguladoras de los presupuestos de toda ejecución forzada (tít. I, *Del título ejecutivo y del precepto*), sino que se ha introducido también un especial capítulo en que se agrupan las normas comunes a las varias formas de expropiación mobiliaria e inmobiliaria; para facilitar así, aun con la distribución externa de la materia, la visión unitaria de los institutos ejecutivos que corresponde a los grandes progresos hechos también en este campo por la investigación científica de estos últimos decenios.

La materia agrupada en el libro cuarto, dedicado a los procedimientos especiales, es necesariamente heterogénea. Se había pensado en un principio distribuirla en dos libros distintos, que hubieran debido constituir el cuarto y el quinto del código, reservados, respectivamente, el uno a los procedimientos especiales de cognición y el otro a los procedimientos de jurisdicción voluntaria; pero, después, la gran dificultad de establecer con fórmulas de ley una precisa línea divisoria entre ambos grupos de procedimientos, en cuya clasificación la doctrina misma está dividida, ha hecho ver la oportunidad de agruparlos a todos en un solo libro, dejando a la ciencia que proceda a ulteriores distinciones sistemáticas. Merece ponerse de relieve, por su aparente novedad, que en realidad es un retorno a nuestras mejores tradiciones, la agrupación bajo el título I de todos los procedimientos "sumarios": denominación que recuperará así su significado etimológico, que tenía antes de la reforma del 31 de marzo de 1901, y volverá a indicar todos los procedimientos especiales en que la cognición se hace en forma sintética y abreviada, sin excluir los procedimientos cautelares y posesorios. En ese libro cuarto se han incluido también las normas sobre el juicio para la declaración de eficacia de las sentencias extranjeras; se pensó por un momento si no sería más exacto, sobre el ejemplo de otras legislaciones, sistematizar esta materia en el libro tercero, al lado de las disposiciones sobre el título ejecutivo, pero pareció luego que esta aproximación no sería satisfactoria, ya que hubiera podido hacer creer, contrariamente a las aclaraciones introducidas al respecto en el código, que el reconocimiento solo fuera necesario cuando se quisiera promover la ejecución forzada en sentido estricto, y no cuando se invocaran en Italia todos los otros efectos provenientes de la cosa juzgada, que el código ha comprendido bajo la denominación de "eficacia" de la sentencia extranjera (art. 796).

El código, al paso que ha tratado de agrupar la materia según una bien apreciable línea sistemática, ha evitado cuidadosamente inspirar sus disposiciones en concepciones teóricas que, por autorizadas que sean, son como tales discutidas y discutibles en las escuelas. Si en la preparación del nuevo proceso civil han sido llamadas a colaborar todas las fuerzas vivas de la doctrina italiana, el

código que ha surgido de esa colaboración, no es un código doctrinal: quiere ser la expresión, no de una escuela, sino de un pueblo y de un régimen.

También en cuanto a la terminología se han evitado los excesivos tecnicismos y las innovaciones que no fueran indispensables. El lenguaje de un código debe estar, en lo posible, al alcance de la gente común; y no sirve agravar el esfuerzo que la práctica tiene que realizar para acostumbrarse a la nueva ley, con modificaciones de terminología que no estén estrictamente exigidas por innovaciones en la sustancia. En obsequio a estos criterios, se ha tratado de hacer lo imposible por mantenernos fieles al lenguaje del código anterior: las variantes de denominación, se han limitado en general a los casos (como el del perito, a quien en el nuevo código se lo denomina consultor técnico) en que eran índice de una sustancial renovación de antiguos institutos.

Y si todos los artículos han sido sometidos a una cuidadosa revisión idiomática, esta ha mirado, no tanto a transportar al nuevo código el rigor de cierta sutil terminología técnica que tiene su alta función únicamente en los tratados, cuanto a rejuvenecer y simplificar el estilo forense según el uso de nuestro buen lenguaje, que muchas veces queda sofocado bajo la maraña curialesca de la jerga arcaizante, misteriosa e inútil, como las fórmulas de la magia. Si el nuevo Código de Procedimiento Civil, con la clara sencillez de sus disposiciones, pudiera enseñar a ciertos prácticos que, para hacerse entender de los jueces, no es indispensable adoptar el estilo ampuloso y pretencioso de los leguleyos de hace tres siglos, aun solo por eso, hubiera contribuido poderosamente a aproximar la justicia al pueblo.

III

20. Colegio y juez único: el juez instructor, eje del nuevo proceso

Después de haber puesto en evidencia los supremos principios en que ha querido inspirarse el código, creo mi deber exponeros, Majestad, cuáles son las más características e importantes innovaciones técnicas a través de las cuales han encontrado dichos principios su concreta aplicación en la estructura del nuevo procedimiento.

Es evidente que los problemas técnicos relativos a la estructura del procedimiento comportan una diversa solución según la diversa composición personal del órgano juzgador: los cánones de sencillez, inmediación y concentración, que van bajo la denominación programática de oralidad, pueden fácilmente actuarse ante el juez único, pero no con la misma facilidad ante el colegio.

El Proyecto Solmi, para allanar el camino a una radical reforma del procedimiento en el sentido de la oralidad, había creído poder sin más abolir el colegio también en los tribunales.

No tendré que repetir aquí las razones por las que, plenamente de acuerdo con la *Comisión del Senado y de la Cámara*, no he creído poder mantener la proposición en que se basaba la propuesta de mi predecesor, de abolir también en los tribunales el juez colegial.

La polémica entre los defensores del colegio y los del juez único, es antigua; y son ya conocidos, como en forma de paradigma, los argumentos que se pueden aducir en apoyo del uno y del otro sistema, así como las réplicas con que pueden rebatirse aquellos argumentos. Por mi parte, considero que, como ocurre con todas las instituciones humanas, tanto el sistema del juez colegial como el sistema del juez único, tienen cada cual sus virtudes y sus defectos, que luego se traducen en una fundamental diversidad de actitudes y de función; de manera que el mejor ordenamiento procesal sería aquel en que se encontraran combinadas las ventajas de los dos sistemas, puestas conjuntamente de provecho, no para excluirse, sino para integrarse recíprocamente.

La *injerencia activa del juez en la dirección* del proceso y la *aplicación* práctica de la inmediación, que quiere decir soltura y sencillez de relaciones personales entre las partes y el juez, puede ser fácil cuando el juez está constituido por una sola persona física; al paso que el funcionamiento del colegio, que solo formalmente se puede hacer aparecer como dotado de una sola voluntad, es inevitablemente más tardo y menos natural, y exige por otra parte un dispendio de energías (que se traduce en un aumento de costo) multiplicado por el número de sus componentes. Si el órgano colegial puede aparecer particularmente adaptado, precisamente por una cierta lentitud constitucional que es inseparable de su estructura, a la exhaustiva discusión y a la ponderada deliberación de las cuestiones a las que se les hayan fijado términos, lo cierto es que la preparación del proceso, la investigación sobre los hechos, la elección y la ejecución de los medios instructorios más apropiados para hacer que se manifiesten los aspectos relevantes del caso controvertido, así como la formulación de las cuestiones a resolver, exigen una atención, una prontitud, un espíritu de iniciativa y un sentido de responsabilidad personal, que no siempre se concilian con la colegialidad.

Por todas estas consideraciones me he convencido de que, si en las causas de menor valor son sobre todo apreciables las ventajas de sencillez y celeridad inherentes al juez único (ventajas extendidas hoy, consiguientemente a la elevación de la competencia de los pretores, a un número cada vez mayor de causas), en las causas de mayor importancia, reservadas a los tribunales, no sería conveniente renunciar a la suprema garantía de justicia que es, por tradicional consenso popular, la colegialidad; y de que, aun manteniendo en vigor esta garantía para el momento en que tiene un valor práctico, es decir, para el momento de la decisión de fondo, cabe, sin embargo, también ante los tribunales, sacar provecho de las ventajas del juez único en las fases que preceden y preparan la decisión colegial. Esta coordinación integradora de dos sistemas, sin razón considerados como antagónicos, se ha concretado en la institución del *juez instructor*; y puede resumirse en esta fórmula: la preparación y la instrucción de la causa, al juez instructor (juez único), la decisión, al colegio.

De esta distribución de oficios entre juez único y juez colegial, funcionando en diversas fases del mismo proceso, no falta algún precedente en las más recientes legislaciones procesales: el *Einzelrichter* del proceso *alemán*; el *juge chargé de suivre la procédure*, introducido en Francia por la reforma del 30 de octubre de 1935; el *Master* del proceso inglés y norteamericano, se pueden citar como otros tantos ejemplos de poderes preparatorios, encomendados a un órgano constituido por una sola persona física en un proceso en que la decisión sin embargo está reservada al colegio.

Pero en ninguna otra legislación dicha distribución de funciones se encuentra aplicada tan completa y sistemáticamente como en este código italiano: cuya innovación más original y más significativa, la constituye verdaderamente la institución del juez instructor.

21. Funciones del juez instructor: preparación e instrucción

La denominación de *juez instructor* (al que en el proceso ejecutivo corresponde el *juez de la ejecución*) tiene un múltiple significado, toda vez que este juez único no entrará en función (como su atributo podría hacerlo creer) solo en las causas en que antes de decidir el mérito aparezca necesaria una instrucción probatoria, sino que se lo nombrará desde el principio en toda causa, con oficio preparatorio antes que instructorio.

El procedimiento ante los tribunales se inicia mediante citación (art. 163), que debe contener la indicación del plazo para constituirse, ya establecido por la ley en relación a la distancia entre el lugar de notificación y aquel en que tenga su sede el juez; ocurrida dentro de ese plazo la constitución de las partes con depósito de los fascículos en secretaría (arts. 165 y 166), el presidente del tribunal, que, mediante una primera visión de los fascículos depositados, se halla en condiciones de hacerse cargo de la naturaleza de la causa, procede a la designación del juez instructor, fijando la audiencia en que habrán de comparecer ante él las partes (art. 173).

Comienza desde esta audiencia la actividad del juez instructor: la cual se puede distinguir teóricamente en dos momentos (que en la práctica se pueden unir y mezclar, y hasta el segundo de ellos puede faltar en ciertos casos): *preparación* e *instrucción*.

En la fase de preparación, el juez instructor debe ocuparse de poner en claro el verdadero aspecto de la causa liberándolo de las superestructuras creadas por el rencor o la inexperiencia de las partes. La práctica demuestra que en todas las causas, aun en las que a primera vista se presentan como extraordinariamente complicadas y difíciles, los puntos de verdadera discrepancia se reducen a pocos: el juez instructor debe ante todo eliminar de la discusión lo excesivo y lo inútil, y si no llega a conciliar las partes sobre todos los puntos, reducir la controversia a las pocas cuestiones esenciales que tienen verdaderamente necesidad de ser decididas. Algo similar tenía que hacer, según el antiguo código (art. 713), el juez

delegado en el juicio de gradación, quien, después de haber oído a las partes "en sus observaciones, excepciones e instancias", debía determinar "las cuestiones de las que había que dar cuenta al tribunal".

Aquel largo y minucioso estudio de los fascículos, aquella diligente coordinación de los hechos para reducirlos a figuras jurídicamente relevantes, que en el proceso hasta ahora en vigor era cometido particular del juez relator una vez que la causa había sido elevada para sentencia al colegio, en este nuevo procedimiento será oficio del juez instructor en la fase que precede a la audiencia colegial: el colegio será llamado a juzgar, no sobre materiales todavía informes y burdos, sino sobre un caso concreto ya aclarado y traducido a cuestiones jurídicas.

Ocurrirá muchas veces que en esta actividad preparatoria se agote la función del juez instructor: y este, si considera que la causa está madura para la decisión de mérito sin necesidad de medios de prueba, remitirá sin más las partes ante el colegio (art. 187). Pero podrá ocurrir (y acaso acaezca así en la mayoría de los casos) que la causa no pueda decidirse sin especiales investigaciones probatorias; en cuyo caso deberá el juez desplegar, antes de remitir las partes al colegio, la actividad que se denomina instrucción probatoria, o también, *stricto sensu*, simplemente instrucción.

La función que el juez instructor ejerce en esta fase, no puede ni remotamente parangonarse con la del juez *delegado* en el proceso hasta ahora vigente. El juez instructor no se limita, como el juez delegado del pasado Código, a asumir *una* prueba dispuesta por el colegio en una causa cuyos términos precisos ignoraba casi siempre el juez delegado; sino que provee directamente (cfr. núm. 22) y con conocimiento de causa a admitir *todos* los medios de prueba propuestos por las partes y a ordenar los otros que pueda él disponer de oficio (art. 187), así como a asumirlos inmediatamente ante sí (art. 188). Solo cuando está terminada la recepción de *todos* los medios de prueba que la causa necesita para quedar completamente instruida, cierra el juez la fase instructoria y remite las partes, a instrucción cerrada, ante el colegio (art. 188): quien de este modo encuentra ante sí, ya recogidos y predispuestos, los materiales que pueden servir para decidir definitivamente la causa, puesta ya en claro en sus diversas cuestiones.

22. La ordenanza instructoria

Corresponde, pues, al juez instructor poner al descubierto, en la fase preparatoria, cuáles sean las cuestiones relevantes de la causa, y recoger, en la fase instructoria, los elementos de hecho indispensables para decidirla; corresponde al colegio ejercer sobre esas cuestiones, y con la ayuda de esos elementos, la potestad decisoria a él reservada.

Dicho así, parece, pues, que el problema de la distribución de funciones entre el juez y colegio se resuelve muy sencillamente en una sucesión cronológica de actividades. Pero en la realidad el problema es mucho menos sencillo.

En efecto, en la práctica judicial son muy raros los casos en que todas las cuestiones por resolver se presenten solo después de terminada la instrucción, y que en el momento decisorio surja solo cuando ya ha pasado enteramente el momento instructorio del procedimiento. En la mayoría de los casos, en cambio, desde el inicio del proceso el terreno se presenta atestado de cuestiones que obstruyen el camino al instructor, y que deben ser de algún modo resueltas a fin de que pueda él iniciar su labor. En efecto, pueden surgir *in limine litis*, provocadas por las partes o también denunciadas de oficio, cuestiones perjudiciales atinentes a la regular constitución del proceso o concernientes al mérito, de cuya resolución podría seguirse la inutilidad o la improcedibilidad de la instrucción ulterior; y así, pueden surgir en el curso de esa instrucción cuestiones sobre la admisibilidad de medios singulares de prueba o sobre el modo de recibirlos, cuya decisión sea indispensable para poder regular la continuación del procedimiento. La dificultad de la distribución de funciones entre juez instructor y colegio se presenta precisamente en esos casos en que se trata de decidir preliminarmente si debe desarrollarse una instrucción y en qué límites debe hacérsela. La decisión de tales cuestiones preliminares, ¿a quién hay que encomendarla, al juez instructor o al colegio?

Si se quisiera respetar rigurosamente el principio según el cual el poder de decisión está reservado al colegio, habría que responder que en todos esos casos el juez instructor, por el solo hecho de que al inicio o en el curso de la instructoria se le presente una cuestión por decidir, debería detenerse y remitir la decisión al colegio, en espera de que este le indicara la manera de comportarse. Así, la instructoria se desmenuzaría en tantas fracciones cuantas fuesen las cuestiones que paso a paso fueran surgiendo en el curso de ella: y el proceso se desperdiciaría en una serie de idas y venidas entre juez instructor y colegio, tal como ocurrió típicamente en el llamado procedimiento sumario de 1901, en el que cada cuestión preliminar daba lugar a una sentencia interlocutoria del colegio, y la instructoria se desarrollaba a trozos, tras de cada interlocutoria, ante los diversos jueces delegados que cada una de las interlocutorias nombraba separadamente para la recepción de cada una de las pruebas.

Para no volver a caer en este inconveniente, que sería la negación absoluta del principio de concentración, se podría pensar que no hay más remedio que el de dar al juez instructor el poder de decidir por sí todas las cuestiones preliminares que se le presenten en el curso de la fase instructoria, quedando reservada al juez la decisión final. Pero de este modo los poderes decisorios del colegio se reducirían en muchos casos a una vana apariencia: aunque solo fuese porque muchas veces la decisión final no es más que una consecuencia obligada de las premisas fijadas al decidir las cuestiones prejudiciales.

El nuevo código, para escapar a estos dos extremos, y garantizar por una parte la continuidad de la instrucción (cfr. también, núm. 23), que quedaría destruida por los reenvíos al colegio para cada cuestión prejudicial, y por la otra parte la integridad de los poderes decisorios del colegio, que quedaría destruida por el

hecho de reservar la decisión de las cuestiones prejudiciales o preliminares al juez instructor, ha seguido un sistema intermedio: reserva en todo caso al colegio la decisión de las cuestiones prejudiciales y las cuestiones de mérito, pero prescribe que normalmente estas deben ser decididas conjuntamente por el colegio a instrucción cerrada, después de que el juez instructor haya resuelto, si bien sea provisionalmente, todas las cuestiones atinentes a la actividad suya y de las partes en el procedimiento, sin excluir las cuestiones sobre la admisión y recepción de los medios instructorios. Este poder de decisión provisional del juez instructor, se despliega mediante providencias que se denominan *ordenanzas* (arts. 176-178); las cuales, no solo pueden ser en todo caso modificadas o revocadas por el mismo juez instructor, sino que dejan sin prejuzgar los poderes decisorios del colegio, que en el momento de la decisión final, puede siempre volver a tomar un examen, a instancia de las partes que no tienen necesidad de proponer especiales medios de impugnación, todas las cuestiones provisionalmente decididas por el juez mediante las ordenanzas instructorias (art. 178).

La función de estas ordenanzas merece ser puesta en particular evidencia, pues ellas constituyen una de las claves del nuevo procedimiento. Aquel poder excepcional de resolver mediante ordenanzas las cuestiones urgentes que el antiguo código concedía al presidente en el rito incidental (art. 182), ha venido a ser en el nuevo código un poder normal del juez instructor, el cual, sin necesidad de denunciar especiales motivos de urgencia, tiene el deber y el poder de resolver sin demora todas las cuestiones atinentes a las actividades propias y de las partes que se presenten en su camino, al objeto de poderlo recorrer rápidamente hasta el fin y llegar sin pausas al momento en que, cerrada la instrucción, se remita al colegio la decisión definitiva de todas las cuestiones.

Bajo este aspecto el sistema puede tener un inconveniente: que en ciertos casos todo el trabajo del juez instructor, basado en la ordenanza que luego, al fin de la instrucción, revoca el colegio, puede quedar en la nada. En vista de ello, el código, fundado como hemos visto (núm. 16) en el principio de la adaptabilidad del procedimiento a las exigencias de la causa, consiente al juez instructor, en los casos en que la resolución de una cuestión prejudicial o preliminar de mérito puede llevar a la definición de la causa, que suspenda la instrucción y remita las partes al colegio para la decisión de aquel punto preliminar (art. 87). Entre el inconveniente de romper el curso de la instrucción para provocar la decisión preventiva del colegio, y el inconveniente de edificar la instrucción sobre la movediza arena de una ordenanza que el colegio podrá luego reducir a la nada, la elección corresponde a la discreción del juez instructor: ya por este ejemplo se echa de ver la confianza que el nuevo código deposita en su prudencia y sensibilidad.

23. La continuidad y concentración de la instrucción

El carácter fundamental de la instrucción (garantizado por el poder de decisión provisional que debe por lo común evitar el reenvío de las cuestiones prejudiciales al colegio) es, pues, el de la *unicidad* y *continuidad*: no solo porque

el código prescribe la inmutabilidad para toda la instrucción del juez inicialmente designado (art. 174), sino también porque las atenciones que el juez instructor está llamado a dedicar a la causa para la que ha sido nombrado, deben desplegarse sin interrupción hasta el cumplimiento de su oficio, no simplemente próximas y coordinadas en el tiempo, sino agrupadas por un intento psicológico único, que debe constituir la mejor aplicación práctica del principio de concentración.

El juez instructor "ejerce todos los poderes dirigidos al más rápido y leal desarrollo del procedimiento" (art. 175): debe tomar la causa en su inicio, indagar de principio sus diversos aspectos, hacer todo cuanto de él dependa para simplificarla y reducirla a lo esencial, acompañarla en sus desenvolvimientos, interesarse y, podríamos decir, simpatizar con los problemas que ella plantea. La continuidad de la instrucción y su concentración, más que en el aproximamiento de las audiencias y de la coordinación externa de los medios de investigación, reposa en el conocimiento que el juez tiene de que los varios actos instructorios no están (como pueden hoy aparecer al juez delegado) aislados y desvinculados el uno del otro, sino que forman parte de una única investigación encomendada a su personal responsabilidad, desde el principio hasta el fin.

Si el nuevo código no prescribe rigurosamente en cuántas audiencias debe desarrollarse la instrucción, y deja al juez árbitro para establecer su número y para fijar los términos que deben correr entre una y otra, no debe ello hacer temer que también el nuevo procedimiento pueda arrastrarse sin ton ni son, de reenvío en reenvío, como el creado por la reforma de 1901. En el procedimiento sumario los reenvíos, demandados y concedidos sin parsimonia en la audiencia presidencial, eran dispuestos por fuerza de inercia por un órgano judicial que nada sabía de la causa; y como mientras se estaba en la fase de los reenvíos no se designaba ningún juez que estuviese obligado a cuidarse personalmente de la causa, cada nuevo reenvío solo servía para prolongar para aquella causa el período de la vacancia judicial. Pero en el nuevo procedimiento la instrucción se desenvuelve en cambio ante un juez que desde el principio está informado de la causa a través de los escritos preparatorios, y que está comprometido bajo su responsabilidad a conducir hasta el fin las investigaciones, al punto de poder dar cuenta al colegio con pleno conocimiento de ella. El estudio de la causa, que en el procedimiento sumario comenzaba para los jueces después de que la causa había sido sometida para su decisión a la audiencia colegial, en el nuevo procedimiento se inicia con la instrucción; de manera que si el juez instructor siente la necesidad, después de la primera audiencia, de fijarle otras para la ejecución de los medios de investigación por él predispuestos, esos reenvíos responden a un plan de trabajo que él desarrolla, y sirven, no ya (como en el procedimiento sumario) para alejar el momento en que se elija después de la audiencia de expedición el juez relator, que habrá de ser el primero en tomar conocimiento de la causa, sino que sirven por el contrario para permitir al juez, ya investido de la causa, que complete y pronuncie entre una y otra audiencia el conocimiento ya encomendado a él desde el inicio.

También el juez instructor del proceso penal puede reenviar por algún día o por alguna semana la continuación ante él de las investigaciones en curso; pero esta posibilidad de reenvío no destruye la unidad y continuidad de la instrucción penal. También el juez instructor del proceso penal puede simultáneamente estar investido de varios procesos, de modo que tenga que dedicar simultáneamente su atención a diversas investigaciones; pero ello no impide que cada una de las *instructorias siga y conserve su marcha, y que cada uno de los casos, mientras no* se agoten las investigaciones sobre él, continúe estando presente a la atención investigadora del juez.

Será cabalmente ese sentido de responsabilidad personal del juez instructor lo que también en la instrucción civil constituya la mejor garantía de rapidez y de concentración.

24. Preclusión de las deducciones y sus atenuaciones

A la discreción personal del juez instructor encomienda también el código el buen funcionamiento de las medidas previamente dispuestas para inducir a las partes a hacer valer lealmente, desde la fase inicial del proceso, todas sus defensas.

Sabido es que entre los más abusivos expedientes de la mala fe que el nuevo código se propone desarraigar de los procesos, se ha deplorado siempre la táctica astuta de ciertos litigantes que sus mejores argumentos de defensa se los reservan hasta el último momento, a fin de hacerlos valer únicamente cuando creen que el adversario no está ya en condiciones de oponerles una réplica exhaustiva. Semejantes artes son contrarias a los fines de la justicia desde un doble punto de vista: ante todo, porque con ellas el litigante más astuto trata de perturbar en su ventaja la igualdad de las partes, que encuentra su mejor garantía en el contradictorio; después, porque el curso normal del proceso se retarda desmedidamente con esas escaramuzas dilatorias, que desplazan el centro de gravedad del proceso, de la fase inicial a la fase final, y que frecuentemente hacen aparecer el juicio de primer grado como un preanuncio, apenas esbozado, de las verdaderas defensas, que se reservan para el grado de apelación.

Estos inconvenientes son la consecuencia directa del *principio de libertad*, en que se inspiraba el código de 1865 y según el cual las partes podían de ordinario hacer valer en cualquier momento del juicio de fondo, y hasta por primera vez en segundo grado, sus defensas, sin que la ley hubiese preestablecido un orden y predispuesto un sistema de estadios procesales distintos para la presentación de las diversas deducciones. A este principio de la libertad de las deducciones, vigente bajo el antiguo código, se contrapone, como ideal puesto, el *principio de preclusión*: en virtud de él las partes deben presentar todas sus deducciones dentro de uno o varios términos rígidamente establecidos en el procedimiento, pasados los cuales queda precluida la producción de cualquier defensa tardía, sea cual fuere su importancia y fundamento; de manera que las partes, a fin de esca-

par al peligro de no hallarse en tiempo para hacer valer argumentos que después, en el curso del debate, puedan revelarse como apropiados, se ven constreñidos a prevenirse de antemano, a ojos ciegas, contra las posibles réplicas del adversario, y a recargar desde el comienzo la propia defensa con una cantidad de hipótesis hasta contradictorias entre sí, la una para el caso de que pueda ser rechazada la otra (*principio de eventualidad*).

Reiteradas experiencias históricas han demostrado, que si son graves los inconvenientes derivados de adoptar el principio de libertad de las deducciones. no son menos serios los que pueden provenir de la rígida aplicación del principio de preclusión y de eventualidad.

También aquí están en juego dos exigencias opuestas: por una parte, está el interés en la consecución de la verdad, el cual aconseja dejar, hasta el momento de la decisión definitiva, abierta la puerta a todas las deducciones, incluso tardías, ya que ellas pueden aportar al juez nuevos elementos de convicción útiles a los fines de la justicia; por la otra, está el interés en la rapidez y en la buena fe procesal, que exige que las partes no prolonguen el proceso con una bien dosificada destilación de deducciones mantenidas en reserva, y quiere que desde el principio vuelquen ellas el saco de sus razones, sin preparar los expedientes para las sorpresas de última hora. En un sistema procesal que satisfaga plenamente la primera exigencia, se corre el riesgo, por amor a la verdad, de dejar libre el campo a la táctica dilatoria; mientras que si se satisface plenamente la segunda exigencia, hay peligro, en gracia a la rapidez, de sacrificar la justicia.

El nuevo código también en esto ha seguido el camino de la cordura italiana: rechazando por una parte la excesivamente rigurosa aplicación del principio de eventualidad y de preclusión, que fue justamente reprochada al proyecto anterior, pero reforzando notablemente, en parangón con el precedente código, los diques opuestos a las especulaciones dilatorias de los litigantes de mala fe.

A este fin, no se ha creído oportuno adoptar el sistema, experimentado con éxito no siempre satisfactorio en la legislación procesal del trabajo (real decr. 1073 de 21 de mayo de 1934, art. 12) de separar, de las excepciones atinentes al mérito, las *litis ingressum impedientes* y de limitar preclusivamente la proposición de estas últimas a una primera audiencia preliminar, a ellas reservada. La dificultad que a menudo se presenta en la práctica de distinguir en concreto las cuestiones preliminares de las cuestiones de fondo, ha aconsejado, en gracia a la sencillez, no adoptar esa distinción de cuestiones y de audiencias: y solo respecto de excepciones singulares se ha establecido, mediante disposiciones especiales, que se las deba proponer, bajo pena de decadencia, en la primera respuesta escrita o en la primera audiencia instructoria (cfr. arts. 38, 40, etc.).

Se ha preferido en cambio establecer para todas las deducciones, atinentes al proceso o al fondo, un sistema único de limitaciones preclusivas, dispuestas en el curso del procedimiento en orden de rigor creciente. Se ha prescrito que todos los medios de defensa se deduzcan desde el principio en los escritos preparatorios (arts. 163 y 167); pero se ha admitido que, en la primera audiencia

instructoria, puedan por lo común proponer las partes nuevas demandas y excepciones que sean consecuencia directa de las ya formuladas, y que puedan en general proponer nuevas excepciones y nuevas pruebas "cuando el juez instructor reconozca que responden a los fines de justicia" (art. 183). Terminada la primera audiencia, la prohibición de nuevas deducciones viene a ser más rigurosa: durante el curso ulterior del juicio, solo se pueden proponer nuevas pruebas y nuevas excepciones, si el juez lo consiente, "cuando concurran graves motivos" (art. 184); pueden también admitirse en curso de instrucción modificaciones de las conclusiones ya adoptadas, cuando su oportunidad surja del resultado de una prueba ya ejecutada (art. 189).

Este sistema de preclusiones *adaptables según las circunstancias*, se ha seguido también en apelación: donde, aun adoptándose como principio la abolición del *ius novorum*, se ha admitido sin embargo la deducción de nuevas pruebas y de nuevas excepciones cuando reconozca el juez la existencia de graves motivos que aconsejen la autorización a las partes para llevar a cabo tales actividades (art. 345).

De todo lo dicho aparece. que el principio de preclusión de las deducciones adoptado por el nuevo código, en lugar del principio de libertad hasta ahora vigente, se ha encomendado a la prudente discreción del juez, a fin de moderar sus excesos: no existen para las deducciones tardías barreras rígidas e inexorables; pero se remite al juez la facultad de no dejar que funcione la preclusión en todo su rigor cuando comprueba que las razones superiores de la justicia así lo exigen, y que es de excluir toda negligencia culpable de la parte.

25. Funciones del colegio: sentencias definitivas y sentencias parciales

Una rígida e inflexible distinción de fases procesales, existe por el contrario en todo grado entre la fase preparatoria e instructoria, y la fase decisoria que se desarrolla ante el colegio. La regla del antiguo procedimiento formal según la cual la causa, después de la inscripción en el registro, era remitida al colegio "a instrucción cerrada" (arts. 175 y 176 del antiguo código), se adapta perfectamente, y aun acaso de manera más absoluta, al nuevo procedimiento, según el cual el colegio no tiene otro oficio que el de decidir sobre las cuestiones previamente propuestas, fijadas o instruidas ante el juez único: única excepción a esta regla es la de que el colegio puede siempre, aunque no se las haya propuesto en la instrucción, decidir las cuestiones denunciables de oficio (art. 276).

El procedimiento así estructurado deberá llevar a esta importantísima consecuencia, que como hoy ocurre en el juicio penal, habrá de ordinario en todo grado del proceso civil *una sola sentencia colegial*: la sentencia con que el colegio, decidiendo de una vez sobre todas las cuestiones de la causa, definirá el juicio (sentencia *definitiva*; arts. 277 y 279, segundo apartado).

Este feliz resultado, que podría bastar por sí solo para justificar la reforma, se ha conseguido mediante el otorgamiento al juez instructor de los poderes para

resolver provisionalmente por ordenanza todas las cuestiones atinentes al desarrollo de la actividad de las partes en el procedimiento y relativas a la admisión y práctica de las pruebas, que en el proceso hasta ahora vigente determinaban separadas sentencias interlocutorias.

Sin embargo, siempre en homenaje al principio de la adaptabilidad del proceso a las exigencias de la causa, no se excluye que el colegio se encuentre en la posibilidad de agotar su función decisoria con una sola sentencia definitiva.

Esto podrá ocurrir en varios casos. Podrá acaecer ante todo que, habiendo el juez instructor rechazado por ordenanza una instancia de prueba, el colegio, de contrario parecer, considere que no puede entrar a decidir sobre las cuestiones prejudiciales o sobre el mérito sin que se reciba aquella prueba; en tal caso, y en otros similares que podrían configurarse, el colegio, para remitir al juez instructor la prosecución del proceso y darle a ese fin las oportunas disposiciones, no tendrá necesidad de pronunciar una sentencia, y se limitará al pronunciamiento de una simple ordenanza (art. 279, primer apartado).

En otros casos, el colegio tendrá que pronunciar una sentencia; pero como esta, en vez de definir enteramente el juicio, dejará que este continúe en sede instructoria en cuanto a la parte no decidida, entonces la sentencia no será definitiva, sino *parcial* (art. 277, segundo apartado; art. 279, tercer apartado). Esto podrá ocurrir cuando el juez instructor haya remitido al colegio solamente la decisión separada de una cuestión prejudicial y el colegio la decida en sentido que haga necesaria la continuación de la fase instructoria (como cuando, por ejemplo, haya resuelto el colegio en sentido afirmativo la cuestión de competencia); o cuando en caso de acumulación de demandas, reconozca el colegio que la causa está madura para la decisión de algunas de ellas, mientras que respecto de las otras estime necesaria, también aquí, una ulterior instrucción.

Y podrá también ocurrir que el colegio quiera decidir una cuestión prejudicial o una parte del mérito, y al mismo tiempo, dar las providencias oportunas para la ulterior instrucción sobre las cuestiones no decididas. En tal caso se ha dispuesto, sobre todo a fin de evitar confusión sobre las impugnaciones, que el colegio pronuncie simultáneamente dos providencias separadas: una sentencia parcial y una ordenanza (art. 279, tercer apartado).

La bondad de este sistema aparecerá principalmente en relación a los medios de impugnación. La finalidad fundamental que se ha querido conseguir, es esta: hacer que para cada grado del juicio la impugnación al juez superior solo pueda ser propuesta una vez, es decir, contra la sentencia definitiva. Para obtenerlo, no solo se ha acogido el principio, puesto como base por el *Proyecto Chiovenda* y ya en parte actuando en las leyes especiales de estos últimos años, de la prohibición de impugnación separada de las sentencias que hasta ahora se llamaban interlocutorias (cfr., más adelante, núm. 300); sino que se ha tratado, radicalmente, de hacer desaparecer del nuevo proceso el concepto mismo de sentencia interlocutoria (nacida de una contaminación de dos nociones netamente distintas en el proceso romano, la *sententia* y la *interlocutio*), transformando en sim-

ples ordenanzas, no impugnables pero siempre modificables y revocables aun pronunciadas por el colegio (art. 280), todas aquellas providencias que en proceso hasta ahora vigente se daban en forma de sentencias preparatorias o de sentencias interlocutorias en sentido estricto. Así, frente a las sentencias definitivas, solo han quedado, con la denominación comprensiva de sentencias *parciales*, todas las sentencias que, aun decidiendo una cuestión prejudicial o una parte del mérito, dejan abierto el juicio en cuanto a la parte no decidida; y tal como lo proponía CHIOVENDA para las sentencias interlocutorias, se ha acogido en este código, para las sentencias parciales, el principio en virtud del cual son impugnables ante el juez superior solo en unión con la sentencia definitiva (arts. 339 y 360).

26. REGULACIÓN DE LA COMPETENCIA

De todas las cuestiones prejudiciales que pueden presentarse ya en el umbral del proceso, el código ha cuidado con particular atención la disciplina de las cuestiones de competencia, fuente inexhausta en el proceso hasta ahora vigente, de complicaciones y de especulaciones dilatorias.

Las innovaciones más dignas de mención son las siguientes:

a) El momento preclusivo de las excepciones de incompetencia (que el artículo 187 del abolido código fijaba solo para la incompetencia territorial, contrapuesta a la incompetencia por razón de la materia y del valor, denunciable aun de oficio en cualquier estadio o grado de la causa) se establece distinguiendo la incompetencia, no ya en los dos tipos tradicionales que correspondían a las denominaciones de absolutas y relativas, sino en tres tipos: la incompetencia por razón de la materia y la territorial determinada por especiales razones de orden público, que pueden ser denunciadas aun de oficio en todo estado y grado del proceso; la incompetencia por razón del valor, que puede ser denunciada aun de oficio en cualquier momento del juicio de primer grado; y la ordinaria incompetencia por razón del territorio, que solo puede ser excepcionada en la comparecencia de respuesta o en general en el primer acto de defensa (art. 38). De este modo, la incompetencia por razón del valor se aproxima, en lo que a las impugnaciones atañe, a la incompetencia por razón del territorio: en el sentido de que, si la incompetencia por razón del valor no ha sido ni excepcionada por las partes ni denunciada de oficio durante el curso del juicio de primer grado, la sentencia de primer grado no puede ya ser impugnada por ese motivo.

b) Para evitar las excepciones de incompetencia propuestas con finalidad puramente dilatoria y la nueva proposición de la misma cuestión de competencia ante jueces diversos, se ha restringido notablemente el ámbito del principio tradicional, y que remontaba a un concepto patrimonial hoy superado, de la jurisdicción, en virtud del cual a cada juez debería reservársele de manera exclusiva la competencia para decidir sobre su propia competencia; y se ha adoptado, dentro de los límites que ahora precisaremos, el principio acogido en otras legislaciones, y que responde mejor a la idea moderna de la unidad de la jurisdicción,

según el cual la decisión pasada en cosa juzgada con que el primer juez al que se ha acudido se declara incompetente y designa como competente a otro juez, es en ciertos casos vinculante para el juez ante quien se remite a las partes para la continuación del proceso.

Se ha dispuesto a este fin que, al proponer la excepción de incompetencia por razón del territorio, deba la parte indicar cuál es el juez que ella considera competente, en defecto de lo cual la excepción se tiene por no propuesta; y que, si las otras partes reconocen fundada dicha excepción, la competencia del juez indicado queda fijada y vinculante para la prosecución del proceso (art. 38). Se ha dispuesto, así mismo, que si la sentencia con que un juez se declara incompetente por razón del valor o por razón del territorio (o por razones de litispendencia o de conexión) no se impugna mediante la regulación de competencia de que ahora hablaremos, ese pronunciamiento sea vinculante (excepción hecha de los pronunciamientos de los conciliadores: art. 46) para el juez ante quien habrá de ser asumida nuevamente la causa en el plazo establecido por la ley (arts. 44 y 50). De este modo, pues, el principio en virtud del cual el juez es competente para decidir sobre la propia competencia, queda abolido cuando se trata de la ordinaria competencia territorial o de la competencia por razón del valor; mientras que se lo conserva cuando se trata de competencia por razón de la materia o de competencia territorial determinada por razones de orden público. Y solo en esta última hipótesis podrá ya verificarse, entre varios jueces, un conflicto de competencia (art. 45).

c) Como complemento de estas disposiciones, se ha renovado fundamentalmente la estructura y la función de la regulación de competencia que los artículos 108 y siguientes del código anterior, instituían solo para las no frecuentes hipótesis de conflicto actual entre los pronunciamientos de dos o más jueces que se hubiesen declarado competentes o incompetentes para juzgar de una misma causa, o de conflicto virtual proveniente del hecho de que varias causas, idénticas o conexas, estuviesen de hecho pendientes, en espera de decisión, ante dos o más jueces.

En el nuevo código, la regulación de competencia no será ya un medio reservado únicamente a los casos de conflicto actual o virtual; sino que será un medio de impugnación destinado a provocar directamente de la Corte de casación, *omisso medio*, la decisión separada sobre las cuestiones de competencia que, en la forma que fuere, hayan surgido en el curso del juicio. No se necesitará para practicar la regulación, ni la coexistencia de dos decisiones contradictorias pronunciadas sobre la competencia por dos jueces distintos, ni la pendencia ante distintos jueces de dos causas idénticas o conexas; bastará la pendencia de una sola causa y el pronunciamiento de una sola decisión sobre la cuestión de competencia. En un primer momento se había pensado establecer que la regulación de competencia pudiera ser realizada sin más, aun antes de la decisión, por el solo hecho de presentarse la cuestión de competencia, quedando sin más suspendido el proceso en espera de que dicha cuestión prejudicial fuese definitivamente deci-

dida en sede de regulación, pero después se consideró más natural y más económico esperar que sobre la cuestión de competencia se hubiese pronunciado una primera sentencia, sin imponer a las partes, que en muchos casos preferirán atenerse al pronunciamiento del primer juez, que recurran a la regulación de competencia cuando no vean la necesidad de hacerlo. La *regulación de competencia*, según el nuevo código, presupone, pues, una sentencia que se haya pronunciado sobre la competencia; pero, también aquí, y siempre para poner en práctica el principio fundamental de la adaptabilidad del procedimiento a las exigencias concretas de la causa, se han distinguido dos hipótesis: si la sentencia solo ha pronunciado sobre la competencia, *sin decidir a la vez el mérito de la causa* (y son estos los casos en que la cuestión de competencia se presenta más grave y difícil, como lo atestigua el hecho de que haya dado lugar a una decisión separada), la regulación de competencia es *necesaria* (art. 42), en el sentido de que no pueden las partes impugnar la sentencia más que con ese medio; si la sentencia ha pronunciado también sobre el mérito, la regulación de competencia es *facultativa*, en el sentido de que pueden las partes impugnarlas en regulación a los solos efectos de la competencia, o impugnarla en los modos ordinarios, conjuntamente por la competencia y por el fondo (art. 43). Así, las partes, ante una sentencia que haya decidido conjuntamente la cuestión de competencia y el fondo, podrán a su elección acudir inmediatamente a la Corte de casación para hacer que regule la cuestión de competencia, o bien acudir al juez de la impugnación ordinaria para hacer que vuelva a examinar todas las cuestiones de la causa; apreciando así en cada caso si es para ellas más económico seguir la serie de las impugnaciones ordinarias, o provocar inmediatamente de la suprema corte reguladora la respuesta separada sobre la competencia.

De este modo la decisión definitiva de toda cuestión de competencia se la puede conseguir, a lo más, mediante dos sentencias, la segunda de las cuales, pronunciada siempre por la Corte de casación mediante un procedimiento extraordinariamente rápido (art. 47), estatuirá en todo caso sobre la competencia en forma vinculante (art. 49), con efectos que sobrevivirán aun a la eventual extinción del proceso (art. 310, segundo apartado).

Con este sistema se ha conseguido también la ventaja de poder coordinar mejor el instituto de la regulación de competencia con el de la regulación de jurisdicción, tomado de la ley del 31 de marzo de 1877 (art. 41), y de poder unificar en la Corte de casación, aun en relación a los conflictos (art. 362), la función de supremo órgano regulador de la *jurisdicción* y de la *competencia* (arts. 49 y 382).

27. Oralidad y escritura

La necesidad de que el juez instructor sea puesto desde el principio del procedimiento en condiciones de conocer exactamente los términos de la causa sobre la que deberá él desplegar sus investigaciones, ha aconsejado hacer que preceda a la oralidad de la instrucción una fase introductiva de escritos preparatorios.

Como es sabido, en las legislaciones modernas no existen procesos enteramente escritos o enteramente orales: todas las leyes procesales adoptan una combinación de oralidad y de escritura, y la denominación de escrito o de oral dada a un tipo de procedimiento, indica, no la adopción exclusiva, sino únicamente el predominio de una de las formas sobre la otra.

El nuevo código afirma enérgicamente el predominio de la oralidad en la fase instructoria (art. 180: "el estudio de la causa ante el juez instructor es siempre oral"). Pero esta fase oral va precedida, rigiendo el ejemplo del *Proyecto Chiovenda* y de las legislaciones en que ella se inspira, por un intercambio de escritos preparatorios, que son el acto de citación por parte del actor (art. 163) y el escrito de respuesta por parte del demandado (art. 166); solo ante los conciliadores, y en ciertos casos ante los pretores, se admite en forma oral también la proposición de la demanda (arts. 312, 437). A los escritos preparatorios obligatorios puede seguir, caso de que la respuesta del demandado contenga contrademandas, y en general, siempre que se reconozca la necesidad de hacerlo, un ulterior intercambio de escritos, pero que debe ser autorizado por el juez instructor (art. 183). La función de estos escritos introductorios es, como lo hemos dicho, meramente preparatoria: deben ser completos en la enunciación de las conclusiones, pero esquemáticos en la exposición de los argumentos de defensa, cuyo desarrollo debe reservarse para el estudio oral; no deben sustituir, como los escritos del procedimiento sumario, a la discusión oral, sino anunciar únicamente en forma esquemática sus temas. Constituyen lo que es indispensable de escritura para poder exigir que en el curso ulterior de la instructoria se respete de manera efectiva la oralidad.

No hay necesidad de insistir largamente en recordar que la oralidad, tal como habrá de actuársela según el nuevo código, no tiene nada que ver con aquella apariencia de discusión oral que en el antiguo proceso se reducía a ser la repetición y el resumen, a modo de arenga, de los argumentos de defensa ya difusamente expuestos en los escritos. En el nuevo código, la oralidad significa, ante todo, que en la fase instructoria la escritura no es la forma única e indispensable de las deducciones: siempre que las partes son admitidas, aun después de agotado el intercambio de escritos preparatorios, a presentar nuevas excepciones y nuevas producciones, o a modificar las conclusiones originales (arts. 183 y 184), se lo debe hacer oralmente, con inclusión en acta de las nuevas deducciones.

Pero, sobre todo, el beneficioso efecto de la oralidad habrá que manifestarse en el sentido de hacer más fáciles, más sencillas y más naturales las relaciones entre el juez y las partes. Y sabido es que en el procedimiento llamado sumario (en que de la oralidad solo había quedado a veces la apariencia de ella, tan solemne como inútil, que es la oratoria), el estudio de la causa, encomendado exclusivamente a las defensas escritas, constreñía al juez a una situación de aislamiento psicológico de la que no podía salir sin violar la actitud de inerte e impenetrable reserva formal que, en la costumbre creada por el proceso escrito, se consideraba de estilo. Así, estando estructurado el proceso de modo que parecía hecho de intento para impedir a las partes y al juez que se aproximaran y se entendiesen, podía

ocurrir que los escritos de defensa se dedicasen a desarrollar ampliamente ciertos puntos de la causa sobre los que se sentía ya el juez plenamente convencido, y que por el contrario descuidaran los defensores exponer las cuestiones sobre las que más hubiera deseado el juez detenerse. Al faltar la inmediación, los magistrados y los abogados estaban constreñidos a tratar entre sí a ciegas, y así, muchas veces, la sentencia, basada en un equívoco que un breve coloquio hubiera bastado a eliminar, resultaba una sorpresa para las dos partes; y era preciso comenzar desde el principio en apelación, como si entonces comenzase la causa.

Pero ante el juez instructor la oralidad querrá decir retorno a la naturaleza y al espíritu de lealtad y de comprensión; las argucias y las reticencias, que fácilmente anidan en los formalismos del procedimiento escrito, serán fácilmente ahuyentadas por la proximidad y la confianza de esas conversaciones sin ceremonias en que el juez encontrará la atmósfera apropiada para ejercer provechosamente sus iniciativas instructorias y para invitar a las partes, antes de que cualquier negligencia las haga incurrir en decadencias y nulidades, "a completar o a poner en regla los actos y los documentos que reconoce defectuosos" (art. 182).

Cerrada la instructoria, la discusión de la causa ente el colegio irá precedida de un nuevo intercambio de escritos (conclusiones: art. 190), que tendrán, no ya carácter preparatorio, sino carácter *compendioso* del estudio oral desplegado ante el juez instructor. Aquí, con el hecho de encomendar al colegio la decisión sobre las pruebas recogidas por el juez instructor y el hecho de prescribir que la remisión de la causa al colegio se haga a instrucción cerrada (arts. 189 y 190), con prohibición a las partes de proponer en audiencia conclusiones distintas de las formuladas en los escritos conclusionales, encuentran en esta fase colegial una cierta atenuación los principios fundamentales de la oralidad y de la inmediación. Pero estos conservan sin embargo reconocimiento en las disposiciones que prescriben como necesaria la participación, en el colegio juzgador, del juez instructor, encomendándole el oficio de relator (art. 174), y que consienten al colegio, cuando lo considere necesario, disponer la renovación ante él de uno o más medios instructorios (art. 281), incluso la comparecencia de las partes, que se puede ordenar "en cualquier estado y grado del proceso" (art. 117). Con estas atenuaciones, la discusión oral de la causa ante el colegio (art. 276) podrá recuperar aquella utilidad que en el imperio del antiguo código había perdido: se la hará, en efecto, en todo caso, ante los magistrados informados ya de todas las cuestiones de la causa, y podrá servir útilmente para ilustrar al colegio sobre puntos que por la relación del juez instructor aparecerán como más importantes o más discutibles.

28. Impulso de oficio e impulso de parte

Por las mismas razones de carácter sustancial por las que no se puede de ordinario iniciar el proceso sin demanda de parte (*ne procedat iudex ex officio* [no proceda el juez de oficio]), se justifica también la insuprimible injerencia del impulso de parte en el curso del procedimiento: si la controversia trata sobre

relaciones disponibles, no se puede negar a las partes, sin cuyo impulso no hubiera surgido el proceso, el derecho a hacerlo cesar; el proceso, aun antes pues de llegar a la sentencia, puede cesar por renuncia (art. 306), o en general, por inactividad de las partes (art. 307), cuyo interés personal está llamado a operar como permanente estímulo del procedimiento.

Pero si la justicia puede sacar provecho de la iniciativa privada como fuerza motriz del proceso civil, no se puede consentir en cambio a las partes que abusen de esa iniciativa para hacerla servir a fines distintos de los que el interés público comporta. El interés público exige que el proceso civil, una vez iniciado, se desenvuelva rápidamente hasta su meta natural, que es la sentencia, y no se arrastre inútilmente, atestando las aulas judiciales por un tiempo superior al estrictamente indispensable para que se haga justicia; por ello, aun siendo libres las partes de hacer cesar en todo momento el proceso que ellas han iniciado, no se les puede consentir la libertad de prolongarlo a su placer y de reducir su ritmo hasta paralizarlo o estancarlo. El absurdo fenómeno, tolerado hasta ahora, de un procedimiento que permanecía en vida sin proceder, sin avanzar, perpetuándose de reenvío en reenvío, o incluso desapareciendo de turno para seguir viviendo letárgicamente en la vacancia asegurada por los generosos términos de la perención, no será ya concebido bajo el imperio del nuevo código; no solo porque con el sistema de encomendar desde el comienzo la causa a un juez instructor, personalmente informado de ella y responsable del rápido desarrollo del proceso, quedará abolido el deplorable abuso de los reenvíos de repetición concordados entre las partes y concedidos sin dificultad por jueces ignorantes y extraños; sino, también, porque cuantas veces la continuación del proceso se la haga depender del cumplimiento de una actividad de parte, esta no será libre para mantener en suspenso el proceso con solo retardar a su antojo el cumplimiento del acto, sino que deberá cumplirlo dentro de un término perentorio fijado por la ley o por el juez, transcurrido el cual inútilmente se extinguirá el proceso (art. 307). El instituto de la perención, que concebido originariamente como un medio para abreviar los procesos había venido a ser en la práctica el mejor expediente para eternizarlos, ha desaparecido del nuevo código; y en su lugar se ha adoptado, para aquellos casos en que una cierta pausa puede facilitar entre las partes el desarrollo de negociaciones extrajudiciales con finalidad de transacción, el instituto, ya en otras legislaciones experimentado con éxito, de la *suspensión concordada* del procedimiento (art. 296), que el juez instructor puede conceder, a instancia de todas las partes, por un período no superior a cuatro meses.

Pero, aparte de esta plausible excepción, las partes no tendrán ya el poder de retardar con su inercia el curso del procedimiento. La sucesión de los diversos actos que lo componen, está, en efecto, de tal modo estructurada (como podría demostrarlo un minucioso análisis de su desarrollo), que cada acto procesal está concatenado, mediante un término perentorio fijado por la ley o asignado por el juez, al que inmediatamente debe seguirle; de manera tal, que, si el acto subsiguiente no se cumple dentro del plazo establecido, se rompe la cadena y el

proceso, previa declaratoria del juez, se extingue, liberando a la justicia del inútil estorbo.

Esta concatenación de los actos procesales, es verdaderamente una de las innovaciones más características y más felices del nuevo proceso: para muchos actos que hasta ahora estaban encomendados al impulso de parte, se ha adoptado francamente el impulso de oficio (cfr., por ejemplo, el art. 136); pero aun allí donde se ha dejado en vigor el impulso de parte, este va siempre acompañado de una conminatoria de extinción del procedimiento que funcionará como estímulo psicológico para las partes y las inducirá a cumplir con diligencia y puntualidad su cometido dentro del término. Aun en los casos en que el proceso debe continuar ante otro juez distinto, porque el primero a quien se acudió se ha declarado incompetente (art. 44), es necesario que la reanudación tenga lugar en el plazo de tres meses (art. 50), de lo contrario se extingue el proceso; análoga conminatoria del término de un año está impuesta para la reanudación de la causa ante el juez de reenvío (arts. 392, 393).

Este principio general, de que la inactividad va a cargo de la parte inerte, está puesto como base también del juicio contumacial: el cual ha sido fundamentalmente simplificado, en el sentido de que la negligencia de la parte voluntariamente ausente, no debe en ningún caso constituir un expediente para prolongar el proceso en daño de la parte diligente que comparece. También la abolición de la oposición contumacial, que en el antiguo código casi parecía un premio concedido a la ausencia, responde a la dinámica del nuevo proceso, en el que la inercia procesal no constituye nunca una buena especulación.

29. El sistema de las pruebas

Ya hemos visto las razones de orden general por las que se ha mantenido en el nuevo proceso civil el principio dispositivo, y con él la regla, que tradicionalmente le acompaña, según la cual el juez no puede disponer ni tomar en consideración pruebas que no hayan sido propuestas por las partes. Esta regla no es solamente una lógica consecuencia del poder de disposición que tienen las partes sobre su propia esfera jurídica; es también el resultado de una experiencia dos veces milenaria de técnica procesal, que demuestra que, cuando la controversia trata sobre relaciones de derecho privado, el instrumento más sensible y más eficaz para la investigación de la verdad lo constituye el contradictorio de las partes interesadas. Por el conocimiento directo que ellas tienen de los hechos y por el estímulo del interés individual que mueve a cada una de ellas a elegir y a poner en evidencia los que son útiles a la propia tesis, la carga de alegación y de prueba puesta a su cargo, se resuelve, hasta inconscientemente, en una colaboración a los fines de la justicia; de manera que el juez, sirviéndose de la combinación de sus esfuerzos contrapuestos, orientado cada cual por su parte a descubrir un aspecto de la verdad, llega a reconstruir la verdad entera mucho mejor que lo hu-

biera podido conseguir explorando con sus propios medios circunstancias que le son a él totalmente desconocidas.

Las innovaciones introducidas en el sistema probatorio no afectan, pues, ni a la enumeración tradicional de los medios de prueba, que excepción hecha de la pericia seguirán siendo los denominados en la anterior legislación, ni a la regla según la cual algunos de ellos (como el interrogatorio formal, el juramento decisorio, y también la prueba testifical) no pueden ser admitidos en el proceso ordinario sino a petición de parte.

Sin embargo, aun manteniéndose en sus grandes líneas el sistema tradicional, el ámbito de la investigación oficial de la verdad ha sido notablemente ampliado, y se han reforzado los medios para hacerla provechosa: no solo en los procesos de tipo inquisitorio, en que el poder de proponer pruebas conferido al ministerio público interviniente ha desvinculado la investigación probatoria, cuando el interés público lo reclame, de la iniciativa de los particulares; sino también en el ordinario proceso de tipo dispositivo, en que al juez se lo ha sacado de aquella situación de forzada inercia que, bajo el imperio de la abolida ley, lo constreñía muchas veces a cerrar los ojos ante la verdad.

Este acrecentamiento de los poderes probatorios del juez es visible en numerosas disposiciones: en las que le permiten servirse de la colaboración del consultor técnico con mayor facilidad, amplitud y continuidad de lo que le consentía la pericia escrita del antiguo código (arts. 191 y ss.); en las que le permiten ordenar la inspección de personas o de cosas (art. 118) o la exhibición en juicio de estas últimas (art. 210); en las que le permiten ordenar reproducciones mecánicas o experimentos (arts. 258 y ss.) y pedir informaciones a la administración pública (art. 213); y sobre todo en la fundamental (art. 117) que le permite ordenar en cualquier estado y grado del proceso la comparecencia personal de las partes.

El poder conferido al juez de ordenar de oficio inspecciones sobre la persona de las partes o de un tercero, o también sobre cosas en posesión de ellas, cuando ello aparezca indispensable para conocer los hechos de la causa; y así mismo el poder de ordenar, a instancia de parte, la exhibición en juicio de cosas en posesión de las partes o del tercero, responden, de conformidad con los votos de la doctrina y de la práctica, a las mismas consideraciones de solidaridad social y de cooperación de los ciudadanos al mejor funcionamiento de la justicia en que está basado el deber público de dar testimonio. Así como el ciudadano está obligado a deponer según verdad en juicio, así también, cuando el interés de la justicia lo reclama, tiene que estar obligado a poner a disposición de esta sus cosas y aun, en ciertos casos hasta su misma persona. Todo esto está en perfecta armonía con la concepción fascista y corporativa de la jurisdicción y del proceso que se expresa en el código; y no hay que temer que de estas normas puedan seguirse desproporcionados sacrificios del interés individual, puesto que la ley regula la inspección y la exhibición mediante oportunas cautelas prácticas, encaminadas a conciliar convenientemente las exigencias de la justicia con el respeto a los derechos privados.

Pero donde principalmente se afirma el cambio de posición probatoria del juez, es en la disposición del artículo 117 (una de las más importantes del nuevo código), en virtud de la cual el juez puede en cualquier estado y grado del procedimiento ordenar la comparecencia personal de las partes a fin de interrogarlas libremente sobre los hechos de la causa, en contradictorio entre ellas. Este libre interrogatorio cuya iniciativa tiene el juez, no mira, como el interrogatorio formal a instancia de parte (art. 230), a provocar una confesión con eficacia de plena prueba legal: tiende más bien a hacer que las partes puedan aclarar sus alegatos de hecho y sus conclusiones cuando parezcan al juez incompletos u oscuros. Mientras el interrogatorio formal a instancia de parte se dirige contra la persona a quien se interroga, en el sentido de que tiende a ponerlo en trance de hacer declaraciones contrarias a su propio interés, este interrogatorio libre procura ante todo ayudar a la parte interrogada, a fin de darle oportunidad de exponer mejor al juez sus razones e integrar su defensa cuando esta, a consecuencia de las observaciones del juez, pueda a este parecerle insuficiente. El código no ha creído oportuno transformar este poder de pedir aclaraciones a las partes en un verdadero y propio deber del juez y disciplinar minuciosamente sus modos, como lo han hecho otras legislaciones (*richterliche Fragepflicht* de la ley procesa alemana, § 139); pero si se pone en relación este artículo 117 con las otras disposiciones que en la fase instructoria atribuyen al juez todos los poderes encaminados "al más rápido y leal desarrollo del procedimiento" (art. 175), y expresamente indican entre sus cometidos el de pedir "a las partes las aclaraciones necesarias" y el de indicarles "las cuestiones señalables de oficio" (art. 183), se comprende con facilidad que en el nuevo proceso, y gracias a esa provisora labor de clarificación del juez, no tiene por qué ocurrir que el juez de primer grado se vea constreñido a pronunciar una de aquellas sentencias "en el estado de los autos" que la práctica había excogitado para hacer reparables ciertas deficiencias de la defensa, o que el requerimiento de los medios probatorios más adecuados a las conclusiones solo llegara a precisarse en apelación.

Ya hemos dicho que en lo que atañe a la prueba testifical, queda en firme (salvo las excepciones establecidas por los arts. 317 y 439) la regla tradicional según la cual no se la puede ordenar sino a requerimiento de parte y con indicación nominal de los testigos a quienes haya que oír; pero también aquí los poderes del juez han sido notablemente extendidos, ya en el sentido positivo de poder llamar de oficio a deponer a las personas a quienes se haya referido alguno de los testigos (art. 257) y de poder dirigir libremente a los testigos todas las preguntas que estime convenientes para aclarar la verdad (art. 253), ya en el sentido negativo de poder reducir el número de los testigos que escuchar, cuando los indicados por la parte sean en número más que suficiente (art. 245).

El carácter sintético de la presente relación no consiente examinar las simplificaciones introducidas por el código en los singulares procedimientos probatorios; baste decir que todo el sistema de términos y de decadencias que hasta ahora, sobre todo en el procedimiento testifical, constituía el terreno fértil para

el sofisma, ha sido abatido desde sus cimientos, dejándose al juez instructor el cometido de establecer en cada caso, al disponer sobre los medios de prueba, el tiempo, el lugar y el modo de su práctica (art. 202).

En lo que a la valoración de las pruebas se refiere, el código (que sobre el valor de los medios singulares de prueba debe ser integrado con lo que se establecerá al respecto en el libro v del Código Civil) está orientado, mucho más que el anterior, hacia el sistema de la libre valorización; al punto de haber parecido conveniente consagrar esa tendencia en una disposición especial (art. 116) en que se enuncia, como criterio de principio, que "el juez debe valorar las pruebas según su prudente apreciación, salvo que la ley disponga otra cosa".

Este predominio concedido en el campo de las pruebas al sistema de la libre valoración, responde a la orientación general de todo el código hacia un más decidido acrecentamiento de los poderes del juez; pero no hay que creer que se quiera con ello desterrar del nuevo proceso la prueba legal, de la que se mantendrán en el libro v del Código civil las más características manifestaciones tradicionales, como la plena eficacia probatoria atribuida por la ley a la confesión, y la decisoriedad del juramento deferido por la parte. El instituto de la prueba legal, bajo muchos aspectos, va al unísono con el principio dispositivo, y se lo debe conservar por tanto en un proceso que mantiene dicho principio (tan es así, que es premisa indispensable para el funcionamiento procesal de la confesión y del juramento, que las partes tengan, según el derecho sustancial, el poder de disponer de la relación controvertida); pero, por otra parte, no se puede excluir que también en un proceso de tipo netamente inquisitorio pueda encontrar su justificación alguna aplicación de la prueba legal, para todos aquellos casos en que considere útil el legislador, en interés de la más pronta justicia e independientemente del poder dispositivo de las partes, anticipar con normas generales la valoración de la prueba que en el sistema de la prueba libre está en cada caso encomendada al juez.

El predominio de la prueba libre sobre la prueba legal es, pues, conexo, no ya solo con el acrecentamiento de la importancia del principio inquisitorio en relación al principio dispositivo, sino también con el aumento de la confianza que el legislador pone en la prudencia y en el sentimiento de responsabilidad del juez. Cabalmente como nueva demostración de la gran confianza que el nuevo código deposita en esa virtud individual del juez, es como debe interpretarse la enunciación de principio contenida en el artículo 116: la cual, por lo demás, no quedará como enunciación puramente programática sin contenido concreto, ya que el nuevo proceso pone a disposición del juez, como instrumento práctico de su libre valoración, un recurso hermenéutico de la mayor importancia, que consiste en el poder, expresamente a él reconocido por el parágrafo del mencionado artículo 116, de inferir argumentos de prueba de las respuestas que las partes le dan, de su negativa injustificada a consentir en las inspecciones por él ordenadas, y en general, de su comportamiento mismo en el proceso.

A través de esta disposición aparece en forma concreta el acrecentamiento de la importancia de la prueba libre, así como la línea divisoria que la separa de la prueba legal que ha quedado en vigor: la confesión judicial, que constituye prueba legal y está sustraída a la apreciación del juez, solo podrá ser provocada mediante el interrogatorio formal sobre determinados capítulos que únicamente puede ser admitido a instancia de parte; pero también del modo como responda la parte a las demandas de esclarecimiento dirigidas por el juez, y en general, por el modo como la parte se comporte en el proceso, podrá el juez, sin obedecer más que a su propio discernimiento, extraer preciosos indicios para reconstruir la psicología de los contendientes y comprender de qué parte está la buena fe. De este modo, aun por la puerta misma de la libre valoración, entra en el proceso, cada vez más decididamente, aquella consideración integral del hombre que constituye, también en los juicios, el canon fundamental para entender la vida real de una manera no mecánica.

30. El sistema de los medios de impugnación

El sistema de los medios de impugnación ha sido reordenado y simplificado: abolida la distinción escolástica entre medios ordinarios y medios extraordinarios, se ha fijado con fórmula precisa el momento en que la sentencia se considera pasada en cosa juzgada (art. 324); desaparecida la oposición contumacial, introducido entre los medios de impugnación el reglamento de competencia, se ha codificado el principio según el cual todas las nulidades de las sentencias se sanan si no se las hace valer por vía de impugnación, excepto únicamente el caso de que la sentencia carezca de la firma del juez (art. 161). La unificación del procedimiento ha aconsejado abolir en las controversias del trabajo los especiales remedios de la revocación y de la anulación sindical, que por lo demás habían tenido escasa aplicación en la práctica, y conceder mayor importancia, aun en materia corporativa, al recurso de casación.

La tendencia general del código a reforzar la autoridad del juez y a hacer más rápido el curso del procedimiento, se manifiesta también en el campo de las impugnaciones, en el sentido de limitar el número de las sentencias impugnables, de restringir los términos dentro de los cuales se admiten las impugnaciones, y de reducir dentro de límites cada vez más rigurosamente fijados el reexamen encomendado al juez superior.

El límite de inapelabilidad de las sentencias del conciliador (menos por defecto de jurisdicción o por incompetencia) se ha elevado a seiscientas liras (art. 339, cuarto apartado); el de las sentencias del pretor en materia del trabajo, a cinco mil liras (art. 452), y a diez mil el de las sentencias del tribunal en materia de previsión y de asistencia obligatoria (art. 466). Son inapelables también las sentencias que el juez haya pronunciado según equidad a tenor del artículo 114 (art. 339, tercer apartado); y numerosos casos de sentencias pronunciadas en el proceso ejecutivo. Otra disposición de gran importancia, que reducirá notablemen-

te el número de las sentencias impugnables, es la ya recordada (*retro*, núm. 25) en virtud de la cual las sentencias parciales no pueden ser impugnadas (en apelación ni en casación) sino conjuntamente con la sentencia definitiva (art. 339; segundo apartado, y art. 360, último apartado).

La restricción de los términos de impugnativa aparece, no solo en la reducción del término para proponer recurso de casación, que de noventa días ha pasado a sesenta (art. 325, parg.); sino también en la disposición, que constituye una notable innovación del código, según la cual, independientemente del término especial que comienza a correr para los diversos medios de impugnación desde la notificación de la sentencia (art. 326), se instituye para todos ellos un término general que corre a partir de la publicación de dicha sentencia y transcurrido el cual decae la parte, salvo los casos expresamente exceptuados, del derecho de impugnarla aunque no se la haya notificado (art. 327).

Pero donde principalmente encuentra la tendencia a la limitación de las impugnaciones su expresión más característica y enérgica, aparte de las medidas introducidas para garantizar que todas las impugnaciones propuestas por varias partes contra la misma sentencia se reúnan en un solo proceso (arts. 331 y ss.), es en la exclusión, como regla general, del *ius novorum* en apelación. El alcance de esta innovación, que durante los trabajos preparatorios ha dado lugar a tantas discusiones y desconfianzas, no se puede comprender exactamente si no se la encuadra en una visión panorámica del nuevo proceso; y especialmente si esta estructura más rigurosa dada al juicio de apelación, que viene a ser así una *revisio prioris instantiae*, no se la pone en armonía, por una parte con la renovada estructura del juicio de primer grado, y por la otra con la más fortalecida función del juicio de casación.

La fase de segundo grado, tradicionalmente concebida como una *novum iudicium*, es decir, como una renovación integral, en hecho y en derecho, de la primera instancia, tenía su razón de ser en un proceso en que, como en el hasta ahora vigente, el juez de primer grado no podía hacer nada para suplir a la deficiente defensa de las partes ni para llamar su atención sobre las cuestiones a tratar y los medios de prueba que había que proponer. Pero la directa participación del juez de primer grado en la fase instructoria, y el intercambio de ideas que en esa fase se producirá necesariamente entre el juez y las partes en virtud de la oralidad y de la inmediación, harán que en el nuevo proceso se revele totalmente el aspecto de la causa durante el curso de la primera instancia: de manera que la limitación de las nuevas deducciones en apelación a solo los casos excepcionales que la ley indica y que la prudencia del juez sabrá siempre contemperar con las exigencias de la justicia (art. 345), no sacrificará en ningún caso los justos derechos de las partes, ya que, a la menor extensión del juicio de apelación, corresponderá una más extensa participación del juez, y por tanto una más completa y aleccionada defensa, en la fase de primer grado.

Por otra parte, a esta limitación del juicio de apelación sirve en el nuevo código de contrapeso el reforzamiento del juicio de casación, operado, como ya

lo hemos visto (*retro*, núm. 11), no solo por el hecho de someter al control de la Corte Suprema las sentencias inapelables (excluidas las del conciliador) que hasta ahora estaban sustraídas también al recurso de casación (art. 360); ni solo por el hecho de permitir a las partes que recurran directamente en casación *per saltum* contra las sentencias apelables de los tribunales (art. 360, segundo apartado); sino, además, por el hecho de admitir el recurso por violaciones de normas jurídicas que hasta ahora la jurisprudencia del Supremo Colegio consideraba incensurables (art. 454).

Durante los trabajos preparatorios se manifestó una autorizada tendencia a eliminar totalmente del juicio de casación el motivo de "defecto de motivación", al que la práctica judicial había dado, como es sabido, una extensión tan exorbitante y tan alejada de sus orígenes textuales. Pero, más que suprimirlo, se ha preferido conservarlo restringido y concretado en la nueva fórmula que lo admite, no en la casi ilimitada amplitud a que la práctica había llegado en la adaptación de las normas del código de 1865, sino en los límites precisos de una omisión del examen de un hecho decisivo para el juicio sobre el que habían discutido las partes (art. 360, num. 5).

31. El proceso de ejecución

El libro tercero del código, dedicado al proceso de ejecución, es aquel en que, más que en los demás libros, se ha sentido la necesidad de dar a los institutos, aun en la formulación y en el agrupamiento de las normas, un planteamiento sistemático más en correspondencia con los progresos de la ciencia procesal. En estas últimas décadas la doctrina italiana se ha dedicado con especial amor a profundizar la teoría del proceso ejecutivo: y la renovación profunda de toda esta parte del nuevo código demuestra que el noble esfuerzo de los estudiosos no ha sido en vano.

Del orden sistemático que se ha seguido en esta parte del código, ya hemos hablado (*retro*, núm. 19); al paso que se han agrupado en un título introductorio (*Del título ejecutivo y del precepto*) y en dos títulos finales (*De las oposiciones* y *De la suspensión y extinción del procedimiento*) las normas comunes, se han reglamentado después, en títulos separados, los diversos tipos de procedimiento ejecutivo correspondientes a la variedad de los derechos sustanciales: la expropiación forzada mobiliaria e inmobiliaria, la ejecución por entrega o libramiento, y la ejecución forzada de obligaciones de hacer o de no hacer, cuya disciplina, introducida en el código, viene a llenar un vacío de nuestra legislación anterior.

La renovación del proceso ejecutivo se orienta en todas sus partes según los mismos criterios, de reforzamiento de la autoridad del órgano judicial y de simplificación formal, en que se inspira toda la reforma.

Como el juez instructor en el proceso de cognición, así también el *juez de la ejecución* (art. 584) está en el centro del proceso ejecutivo para dirigir, coordinar y estimular las actividades de los intereses que en él participan.

Tampoco la ejecución forzada se inicia sin instancia de parte; pero mientras que en la ley hasta ahora vigente también el desarrollo del ulterior procedimiento ejecutivo se dejaba casi por entero a la iniciativa unilateral del acreedor que procedía, la participación activa del juez de la ejecución servirá de aquí en adelante para agrupar en derredor de sí a los distintos interesados en la ejecución, y le dará oportunidad para, antes de ordenar los más importantes actos de disposición, escuchar directamente sus voces (art. 485) y tomar en consideración, informándose de sus diferentes puntos de vista, todos los aspectos de la causa en concreto.

La simplificación del procedimiento y, a la vez, su más precisa adaptación a las necesidades de la práctica, son principalmente visibles en el campo de la expropiación mobiliaria e inmobiliaria, cuyos principios generales han sido unificados bajo un título común. El grave problema del concurso de los acreedores en la expropiación mobiliaria, ha tenido una solución exhaustiva y que sin embargo no se sale del cuadro de la ejecución singular. El sistema del código abrogado adolecía de una fundamental incongruencia, toda vez que, mientras admitía la posibilidad de intervención de todos los acreedores, contenía la expropiación dentro de *los límites del crédito del que procedía*. A fin de eliminar este grave defecto, que ha dado fáciles ocasiones al fraude, había que establecer una cierta correspondencia, entre el monto de todos los créditos que esperaban satisfacción, y el valor del objeto expropiado. La solución extrema hubiera llevado a la adopción de una ejecución colectiva cada vez que se hubiese verificado la intervención de una pluralidad de acreedores: pero de este modo se hubiera dado un paso hacia la introducción de la quiebra civil (concurso), y esto hubiera sido ir en contra de nuestra tradición. El código se ha mantenido en cambio sobre la línea de la ejecución individual; pero ha establecido la regla de que los acreedores que intervengan en el procedimiento ejecutivo, deben, cuando ello sea posible, provocar su extensión a otros bienes (art. 527) en la medida necesaria para garantizar la capacidad también de sus créditos sin daño del acreedor que procede.

Fundamentales simplificaciones, teóricamente significativas y prácticamente provechosas, se han introducido también en el procedimiento de expropiación inmobiliaria. Todo el proceso ejecutivo, pero el de expropiación inmobiliaria en particular, estaba hasta ahora dominado por las formas, y hasta por la terminología, del proceso de cognición: las garantías del contradictorio y de la colegialidad, que son preciosas e insuprimibles cuando se trata de decidir, estaban empleadas fuera de lugar en el proceso de ejecución, donde no se trata ya de decidir, sino de obrar en conformidad con un título ya de por sí ejecutivo. Este derroche de formas contenciosas en un proceso en que no hay ya discusión, provenía del defecto de una clara distinción teórica entre los dos momentos, de la cognición y de la ejecución, en que se divide la función jurisdiccional, y del absoluto predominio que en la consideración de los estudiosos llegó a tener en el pasado siglo el proceso de cognición. La renovada atención que la más reciente doctrina ha prestado al proceso ejecutivo, ha dado también aquí sus frutos, toda vez que

el nuevo código, siguiendo la huella que los estudios trazaron, ha podido liberar la ejecución de todas las abrumadoras superestructuras copiadas del procedimiento contencioso, y distinguir claramente el procedimiento ejecutivo de las fases de cognición que excepcionalmente pueden incidir sobre su curso. Esta distinción se ha tenido sobre todo presente al disciplinar la materia de las oposiciones del deudor y de los terceros; reservadas las formas del proceso de cognición para los casos únicamente en que la oposición hace verdaderamente necesaria una decisión con todas las garantías formales a ella inherentes, lo demás del procedimiento ejecutivo ha sido agilizado y purificado de los residuos de las formas contenciosas, dándose forma de simple recurso a la demanda de autorización para venta que antes se proponía mediante citación, y forma de ordenanza o de decreto a las providencias ejecutivas que antes se revestían con las inútiles solemnidades de la sentencia colegial, tal como ocurría con la sentencia de autorización para vender o con la sentencia de adjudicación.

De este modo el procedimiento ejecutivo, bajo la dirección activa del juez de la ejecución, llegará rápidamente a su meta: y serán radicalmente abolidos todos los pretextos de retardo que el complicado procedimiento hasta ahora vigente ofrecía a cada paso a las especulaciones de los deudores de mala fe. También aquí, más que amenazar contra la mala fe de los deudores con sanciones aparentemente rigurosas pero destinadas a quedar sin aplicación en la práctica, he considerado que el modo más eficaz de liberar el proceso ejecutivo de toda contaminación fraudulenta, es la directa participación y vigilancia del órgano público en todos los actos del procedimiento; la continua presencia del juez de la ejecución servirá, por una parte, para hacer vanas las tentativas dilatorias puestas en daño del acreedor que procede por el deudor o por sus compinches o testaferros, y servirá también, por otra, para ahuyentar las especulaciones de ciertos traficantes de las expropiaciones que ven en el proceso ejecutivo un instrumento para enriquecerse con la miseria de los demás.

La historia de los procedimientos ejecutivos muestra en conflicto, con varias fortunas según los tiempos, dos tendencias antitéticas: la dirigida a favorecer al acreedor contra la falta de probidad del deudor, y la orientada a defender al deudor contra la despiadada avidez del acreedor; también aquí confío en haber encontrado el punto de equilibrio entre esas dos tendencias. Todo el procedimiento ejecutivo está francamente orientado a reforzar la tutela del acreedor contra la mala fe del deudor incumpliente; la fuerza de la ley, y con ella la autoridad del Estado, está en juego en el proceso ejecutivo al igual, y más aún, que en el proceso de cognición; y sería en vano perfeccionar en la fase de cognición los instrumentos que llevan a afirmar en la sentencia el imperio de la justicia, si luego, el proceso ejecutivo, no suministrase instrumentos igualmente rápidos y enérgicos para garantizar mediante la fuerza la observancia de aquel imperio. En el proceso ejecutivo se pone a prueba la vitalidad del principio de legalidad: y los períodos en que se debilita y se hace incierta la tutela del acreedor, son en la historia los períodos también en que pierde terreno la ley y declina la autoridad del Estado.

El nuevo código, pues, no sigue el ejemplo de aquellas legislaciones que multiplican en el proceso ejecutivo los expedientes para poner al deudor a cubierto de las persecuciones del acreedor. Sin embargo, el nuevo proceso no descuida, dentro de los límites de la justicia, los intereses del deudor. Así lo demuestran la mayor amplitud, basada en consideraciones de humanidad y de dignidad social, de las disposiciones que establecen la inembargabilidad de ciertas categorías de muebles, y la mayor facilidad con que el juez de la ejecución podrá, mediante el contacto directo con el deudor, ayudarle en los casos que merezcan especial consideración; y lo demuestra sobre todo la disposición innovadora, que responde a los votos de los trabajadores, en virtud de la cual los sueldos y los salarios particulares son ahora inembargables hasta la suma de setecientas cincuenta liras, y las indemnizaciones por despido hasta la suma de cinco mil liras (art. 545).

Pero en ventaja del deudor cederá también, si bien sea indirectamente, el especial cuidado que el nuevo código ha puesto en perfeccionar los medios encaminados a acrecentar el rendimiento económico de la ejecución, mediante la adopción de los modos de liquidación de los bienes que la práctica de las libres contrataciones ha demostrado ser más rápidos y más ventajosos. El deudor condenado por un título ejecutivo creado a través de las exhaustivas garantías de justicia que el proceso de cognición hoy asegura, no debe ser ayudado cuando pretenda sustraer sus bienes a la ejecución forzada; y el Estado no debe tener con él en ese momento perniciosas indulgencias. Pero, al mismo tiempo, debe el Estado asegurar que los bienes de que se expropia al deudor, se vendan en su justo valor, y no le sean a él arrebatados por cifras irrisorias por quien quiera aprovecharse de su desgracia para despojarlo de su patrimonio. En este terreno, la tutela del acreedor honesto y la defensa del deudor desafortunado, coinciden: el nuevo código admitiendo junto a la venta en subasta la venta de los muebles por medio de comisionista (art. 532), y la venta de los inmuebles sin subasta (arts. 570 y ss.), y admitiendo así mismo en ciertos casos la asignación al acreedor de los bienes embargados (art. 505), ha procurado para el proceso ejecutivo la soltura y adaptabilidad de formas que permitirán, según las circunstancias, encontrar en la expropiación el mismo rendimiento económico que podría lograrse en el mercado mediante los acuerdos entre particulares. La directa injerencia que el juez de la ejecución tendrá en las negociaciones, la posibilidad que se le ofrecerá de aprovechar en todo momento la consulta a los interesados y su experiencia en los negocios, harán que estos nuevos medios de liquidación, ahora adoptados por el código, puedan ser llevados a la práctica con el máximo de ventajas y sin los inconvenientes a que podrían dar lugar si no se los desplegaba con las debidas cautelas y bajo el control de la autoridad. También el instituto de la administración judicial (que se ha considerado más prudente ordenar como fase incidental de la expropiación, más bien que como forma autónoma de procedimiento ejecutivo) permitirá en muchos casos a los acreedores sacar temporalmente un beneficio de la gestión del bien embargado, y servirá a la vez para evitar al deudor el peligro de que la venta se haga en condiciones para él excesivamente desventajosas.

Al regular las diversas formas de expropiación forzada, el nuevo código, más que a satisfacer los intereses individuales, ha procurado inspirarse en el interés colectivo, que es donde aquellos deben equilibrarse y componerse en síntesis; el ordenamiento de las ventas judiciales, en vez de favorecer el interés del acreedor o el contrapuesto del deudor, debe sobre todo tener presentes las supremas exigencias de la economía pública, la cual, mientras de un lado considera la perfección de los mecanismos ejecutivos como una garantía del crédito y como un motivo para acrecentar la confianza en las contrataciones, no podría por el otro tolerar que por dar satisfacción al acreedor se desperdiciasen los bienes expropiados y se destruyesen las fuentes de la riqueza nacional. Estas consideraciones adquieren especial importancia cuando la expropiación tiene por objeto fundos agrarios, casos en los cuales, por encima de los intereses individuales, se afirma cada vez más imperioso el interés general de la agricultura, y esta exige que la aplicación de las medidas ejecutivas no obstaculice el cultivo ni reduzca los productos. A este fin el nuevo código, en armonía con las disposiciones del derecho sustancial, ha dictado especiales normas para evitar la expropiación separada de los muebles adscritos al servicio y al cultivo del fundo (art. 515), y sobre todo para evitar que la división en lotes destruya la unidad de explotación del fundo e impida su cultivo racional (art. 577).

32. Las medidas cautelares

No es posible, en esta relación sintética, entrar a explicar las innovaciones introducidas por el código en los varios procedimientos especiales agrupados en el libro IV; pero no puedo eximirme tampoco de hacer una indicación de los varios procedimientos cautelares, cuyo perfeccionamiento, cuidado por el código con particular atención, corre a la par con el reforzamiento de los poderes del juez.

Por más que se aceleren los tiempos del proceso de cognición, por más que se simplifiquen las formas del proceso ejecutivo, no puede la tutela jurisdiccional responder nunca en el instante mismo en que se la invoca, con prontitud tan fulmínea, que impida que, entre el momento en que el demandante acude a la justicia y el momento en que ella provee, transcurra un lapso que en ciertos casos haga menos provechosa y hasta ineficaz la providencia. La lentitud de los mecanismos judiciales es la fuente primordial de su descrédito en la opinión común: hacer esperar tanto el reconocimiento oficial del derecho, que cuando llega por fin la sentencia no se lo pueda ya hacer valer útilmente, equivale prácticamente a desconocerlo; al punto de que, en el sentimiento popular, va en ello la confianza misma en la autoridad judicial, cuyos largos trámites pueden parecer a los profanos hechos de intento para dar modo a los deshonestos de que escapen a tiempo de las redes de la justicia.

A esta lentitud del procedimiento ordinario, notablemente reducida por el nuevo código, pero imposible siempre de eliminar, al extremo de hacer que resulte instantáneo, debe constituir remedio y contrapeso eficaz la celeridad del sis-

tema cautelar; por cuyo medio el juez está en condiciones, aun antes de iniciarse el procedimiento ordinario, de adoptar en vía de urgencia las medidas provisionales que valgan para mantener inalterado el estado de hecho a todo lo largo de la duración del proceso ordinario, y para asegurar así que la providencia definitiva, aunque tenga que tardar necesariamente, pueda sin embargo resultar en todo caso prácticamente útil y eficaz. En ninguno de los campos del proceso civil parece encontrarse tan directamente en juego como en el de los procedimientos cautelares el buen nombre y, podríamos decir, la seriedad de la justicia; se comprende, pues, que el nuevo código, que se preocupa principalmente de enaltecer la autoridad del juez, haya dedicado especiales cuidados a dichos procedimientos.

El sistema de las medidas cautelares ha sido a este fin reordenado e integrado: no solo en el sentido de agrupar de acuerdo a un más riguroso criterio teórico los varios institutos con finalidad cautelar (incluidos los procedimientos de instrucción preventiva), y de unificar y simplificar su procedimiento, sino también en el sentido de integrar las lagunas del sistema deploradas bajo el abolido código, y de no dejar en ningún caso al juez desprovisto de los poderes de urgencia indispensables para hacer frente a todas las necesidades de la práctica. Merece bajo este aspecto especial mención la extensión del secuestro conservativo a los inmuebles (art. 671); y la innovación consistente en conferir al juez el poder genérico de adoptar "providencias de urgencia" (arts. 700-702) adecuadas a las necesidades de las circunstancias en todos aquellos casos en que no parezcan bastante eficaces las otras medidas cautelares específicamente denominadas y reglamentadas por la ley.

Si se comparan estas disposiciones con las relativas a la ejecución provisional de las sentencias (arts. 282 y ss.) y con el poder del juez de pronunciar en ciertos casos condenas provisionales (art. 278), aparece con evidencia cómo también bajo este aspecto se ha vigorizado la dinámica del procedimiento, al punto de eliminar absolutamente el *periculum in mora* que podría seguirse, para quien pide justicia, de la necesaria duración del procedimiento ordinario.

IV

33. El nuevo proceso civil y las personas llamadas a actuarlo

Al preparar el nuevo Código de Procedimiento Civil que tengo el honor de presentar a Vuestra aprobación, Majestad, he sentido, con clara conciencia, que en ningún campo es tan cierto como en el procesal, que el problema de las reformas de las leyes es ante todo un problema de hombres. Este código, que ha sido redactado con la constante intención de valorizar las actitudes individuales de las personas que habrán de dar vida en la realidad a la nueva ley, está encomendado a su comprensión y celo: y en especial a la inteligencia y buena voluntad de las dos categorías de personas, los magistrados y los defensores, que deberán ser, no solo los custodios, sino los animadores y casi podríamos decir los creadores del

nuevo proceso civil. Al redactar las fórmulas de este código, he procurado constantemente prever cómo podrá reaccionar frente a ellas la práctica judicial: y por medio de ellas he imaginado, con un sentimiento de profunda confianza, la colaboración valerosa y asidua que en un futuro inmediato dedicará a la instauración del nuevo código toda la gran familia de aquellos en quienes se encarna la idea augusta de la justicia y por cuyo medio desciende ella a operar entre los hombre como fuerza vigilante y cotidiana sobre sus humildes incidencias. Desde el más alto magistrado que preside la Corte Suprema hasta el más modesto de los conciliadores, desde los más insignes abogados que llevan a las aulas judiciales la voz de la encumbrada doctrina hasta los más oscuros patrocinadores que llevan a las causas de la gente pobre la voz igualmente valiosa del buen sentido y de la equidad, todos están llamados a hacer, perfecta en la aplicación práctica, esta nueva ley: y no hay que olvidar tampoco la contribución que a su mejor aplicación podrán aportar todos los otros funcionarios de la administración judicial, y en general, todos los auxiliares de la justicia, cuyas funciones han tenido en el nuevo código un reconocimiento cada vez más preciso.

Y en primer lugar, la obtención práctica de la reforma dependerá de los jueces: a quienes el nuevo código ofrecerá, con el hecho de aumentarles en cien modos sus poderes, numerosas ocasiones de actuar su espíritu de iniciativa y demostrar su sensibilidad y su prudencia en la elección de los medios que se dejan a su discreción. Bajo el pasado código, la lentitud desesperante de ciertos procesos podía atribuirse a culpa del anticuado procedimiento, que reducía al juez a instrumento inerte de la actividad de parte; pero con el nuevo proceso, que ha provisto al juez de los poderes necesarios y suficientes para que administre justicia, de todo retardo y de toda desviación será responsable el juez. Los magistrados sabrán, pues, adaptarse con rápida comprensión a los nuevos métodos de trabajo: al paso que bajo el antiguo código la obra del juez comenzaba después de la audiencia colegial, en el nuevo proceso la solicitud del juez por la causa a él encomendada habrá de despertarse desde el inicio de la fase instructoria, pues solo conociendo desde el principio los términos del problema que presenta la causa, estará el instructor en condiciones de imprimir al procedimiento la figura que solo puede elegir quien comprenda ya las exigencias concretas de la controversia sobre la que tiene que instruir. El juez, a quien el anterior procedimiento escrito constreñía a permanecer silencioso y aislado durante todo el curso del juicio, tendrá que habituarse a ver en la audiencia la fase más importante del procedimiento, como la que le ofrece la oportunidad de hablar y de hacer hablar a las partes y de aclarar los términos de la discusión mediante el intercambio directo de ideas con sus interlocutores. De la medida y de la oportunidad con que el magistrado, y especialmente el juez instructor, sepa servirse de los poderes que se le han encomendado, dependerá en gran parte la suerte de la reforma: habrá de guardarse de trasponer los límites que la ley pone a su injerencia, pero habrá de guardarse también de la excesiva prudencia, que podría significar un inconsciente retorno a la inmovilidad del proceso escrito. En una palabra, el juez habrá de ser, en todos los actos de su oficio, el fiel custodio de los principios en que se fundamenta la

reforma: deberá en todo momento estar alerta contra la pereza de la práctica conservadora, inconscientemente inducida por la fuerza del hábito a dejar que despunten, por entre las junturas de las nuevas leyes, las malas hierbas de los viejos formalismos.

Pero no es menor la confianza con que la reforma se dirige a la comprensión y colaboración de los abogados y procuradores, a quienes la nueva ley designa bajo la denominación amplia de "defensores". Eliminada del nuevo código toda disposición que pudiera parecer inspirada en desconfianza hacia las profesiones forenses, reforzado el principio según el cual el poder disciplinario sobre los profesionales legales se reserva exclusivamente a las competentes autoridades sindicales (art. 88), el nuevo proceso civil quiere restituir a los abogados la dignidad y autoridad que, en ocasiones, el formalismo del proceso escrito había oscurecido y comprometido. También los abogados tendrán que sacrificar algún que otro hábito de trabajo; pero, a cambio de este sacrificio, volverán a ser en el proceso, y sobre todo en la audiencia instructoria, los colaboradores necesarios del juez y sus vigilantes inspiradores. Abolido el duelo por medio de papeles escritos que en el antiguo proceso parecía hecho expresamente para impedir a los jueces y a los abogados que se vieran cara a cara y para engendrar entre ellos equívocos y suspicacias, el directo contacto personal, actualizado de nuevo mediante la audiencia, reavivará entre los magistrados y los abogados el conocimiento y la comprensión, y hará crecer su estimación recíproca; todas esas desconfianzas y todos esos equívocos se evitarán en virtud de la inmediación, en ventaja de los abogados y de la justicia. Y será, este acrecentamiento de la mutua confianza entre magistrados y defensores, el cumplimiento, y en ciertos casos el temperamento más precioso, de los acrecentados poderes del juez: al lado del juez durante todo el curso de la audiencia instructoria, podrá el abogado advertirlo siempre con su palabra viva precisamente en el instante en que esté a punto de ejercer, mediante la ordenanza oral, sus poderes; así, en el nuevo procedimiento, el defensor tendrá modo de decir su palabra, que a su vez podrá ser decisiva en el momento oportuno: y la suprema garantía de justicia que es el contradictorio oral, se encontrará así verificada en forma que dé el máximo relieve a la viva voz del abogado y haga apreciar mucho mejor que en el proceso escrito la importancia moral de su presencia.

Y finalmente, no podemos pasar en silencio la contribución que el nuevo proceso espera de todos los funcionarios, y en general de todos los auxiliares de la justicia. Especialmente importante será, para la aplicación del nuevo proceso, la preciosa colaboración de los secretarios: sobre ellos gravitará todo el peso de las comunicaciones de oficio, en los casos cada vez más numerosos en que estas ocupen el lugar de las notificaciones a instancia de parte del antiguo proceso; a ellos les estará encomendada la formación y el cuidado del fascículo de oficio (art. 58), cuya regular manera de llevarlo constituirá una condición indispensable para poner al juez instructor y al juez de la ejecución en condiciones de ejercer útilmente su oficio; y también a la diligencia de los secretarios estará encomendado el respeto de la oralidad, la cual solo podrá mantenerse si las partes y sus defen-

sores encuentran en audiencia medios adecuados y fáciles para hacer que se registren en acta sus deducciones, y si los jueces instructores y los funcionarios encargados de levantar el acta de audiencia no desalientan a las partes de dictar de palabra sus deducciones ni los incitan a prepararlas de antemano por escrito: con lo cual perdería la audiencia todas las ventajas de la oralidad y volvería a ser poco a poco, como en el procedimiento ahora abolido, un intercambio de escritos a presencia del juez.

34. Indicaciones finales: la reforma sobre la línea de la gran tradición italiana y según los principios del Estado fascista y corporativo

Estos son, expuestos a grandes rasgos, los principios fundamentales de la reforma del proceso civil sometida a Vos, Majestad, con la que, si, como tengo segura confianza, permanece fiel a ellos la práctica, confío en haber conseguido la no fácil conciliación de las dos aspiraciones aparentemente opuestas y ante las cuales se encuentra todo legislador que se apreste a reformar el proceso: la aspiración a la celeridad de los procesos, y la, a menudo antitética, meditada ponderación de los juicios.

A la primera exigencia responde sin duda alguna el nuevo proceso, el cual, bajo los más variados aspectos, será más sencillo y más rápido que el antiguo. Abolidos los reenvíos repetidos que bajo el imperio de la antigua ley constituían inevitable preámbulo a la participación activa del órgano judicial; el timón del procedimiento encomendado desde el principio a la mano firme del juez; cerrado el acceso, mediante una red de términos preclusivos, a la inercia tergiversadora de las partes; truncadas las especulaciones de la contumacia; instaurado un rapidísimo procedimiento para eliminar rápidamente las cuestiones de competencia; absorbidas en la ordenanza instructoria las sentencias interlocutorias; prohibida la impugnación separada de las sentencias parciales; aligerado el juicio de apelación y constituido en el juicio de primer grado el centro de gravedad del proceso de cognición; simplificado el proceso del trabajo con la próvida eliminación de la posibilidad de controversias sobre la competencia por razón de materia; liberada la ejecución forzada de las superestructuras contenciosas, aproximándola a la vida de los negocios: basta enunciar solamente estos puntos, entre otros muchísimos, para comprender con cuánta energía ha acelerado la nueva ley el ritmo del procedimiento civil.

Pero esta celeridad del procedimiento no irá en detrimento de la bondad de su resultado final: con la vigilante presencia y la comprensión del juez instructor, será más fácil a quien tenga razón, hacerla valer; el contradictorio estará más enérgicamente garantizado por medio de la oralidad; toda causa podrá encontrar, en la adaptabilidad de los procedimientos, el instrumento de justicia más económico y de mayor rendimiento, adaptado a las especiales exigencias del caso: el juez instructor tendrá en todo caso los poderes necesarios para prolongar las investigaciones hasta que se aclare la verdad; las marrullerías de la mala fe pro-

cesal serán desterradas; las costas y las incertidumbres de una larga instrucción podrán truncarse, a requerimiento de las partes, con una decisión de equidad; y por encima de toda decisión, quedará siempre, como suprema garantía de legalidad, el recurso a la Corte reguladora.

Así, en cada caso, encontrará el nuevo proceso en sí mismo los mecanismos más idóneos para crear el equilibrio entre la necesidad de obrar rápidamente y la necesidad de hacerlo bien: y es precisamente en ese equilibrio, cuyo fundamento en toda causa lo constituye la humana comprensión del juez, donde se puede resumir en síntesis la originalidad del nuevo Código de Procedimiento Civil. Entre los elementos aprovechados en su preparación, no se ha descuidado el estudio comparativo de las legislaciones procesales extranjeras, especialmente el de las más recientes y más cuidadas técnicamente; y las directivas generales que en él se expresan, especialmente la que pone como corolario del reforzamiento de la autoridad del Estado la necesidad de reforzar en el proceso los poderes del juez, responden a corrientes de pensamiento difundidas ya en las legislaciones procesales de toda Europa. Pero el modo como tales directivas se encuentran concretamente actuadas en este código, es sumamente nuestro: romana es la tradición de la oralidad del proceso, romano el principio de que la prueba se dirige a formar la libre convicción del juez, romana la distinción entre *sententia* e *interlocutio*; romano es, sobre todo, el espíritu de sensata comprensión humana que hacer servir las formas a las necesidades sustanciales de la justicia, y no sacrifica la sustancia a las abstracciones de un formalismo mecánico, burdamente consecuencista.

Pero la tradición patria a que este código quiere mantenerse fiel, ha tenido manifestaciones también más recientes. La degeneración formalística hacia el procedimiento escrito, que se realizó en el derecho común, no tuvo sus orígenes en Italia: donde, a los rigores y sutilezas del proceso ordinario contaminado por influjos extranjeros, la legislación canónica y los estatutos municipales opusieron, con la creación de los procesos sumarios, un proceso típicamente italiano, que con su expeditiva sencillez, constituye una reacción del buen sentido práctico contra las sutilezas del proceso escrito.

En esta línea, que partiendo del derecho romano y pasando por las legislaciones canónicas y estatutarias, llega derechamente hasta el ordenamiento del Estado fascista y corporativo, quiere colocarse el nuevo código.

Entiende constituir la expresión fiel y genuina del pensamiento jurídico italiano en un momento decisivo de la historia de Italia y del mundo; en la elasticidad misma de sus actitudes, tiene la posibilidad de adaptarse a las exigencias del futuro.

ÍNDICE DE AUTORES

ESTE LIBRO SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLERES DE EDITORIAL NOMOS, EL DÍA TRES DE AGOSTO DEL AÑO DOS MIL CUATRO, ANIVERSARIO DEL NACIMIENTO DE ENRIQUE VÉSCOVI (N. 3, VIII, 1919 Y M. 14, VII, 2003).

LABORE ET CONSTANTIA